الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
(دام ظله)

كتاب المزارعة

٥٥

دار العلوم
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعهٔ:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائميهٔ باصفهان للتحريات الكمبيوتريهٔ

الفهرس

الفهرس ----- ۵

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۵ ----- ۸

اشاره ----- ۸

اشاره ----- ۸

کتاب المزارعه ----- ۱۲

اشاره ----- ۱۲

مسأله ۸ لو غصب الأرض غاصب ----- ۱۴

مسأله ۹ لا یجوز للزارع التعدی عما عینه المالک ----- ۲۲

مسأله ۱۰ لو ا زرع علی أرض لا ماء لها ----- ۳۴

مسأله ۱۱ البذر من المالک أو الزارع ----- ۳۸

مسأله ۱۲ المزارعه بین أکثر من اثنین ----- ۴۵

مسأله ۱۳ یجوز للعامل مشارکه غیره ----- ۵۱

مسأله ۱۴ لو تبین بطلان عقد المزارعه ----- ۵۸

مسأله ۱۵ مقتضی وضع المزارعه ----- ۶۷

مسأله ۱۶ لو حصل ما یوجب الانفساخ فی الأثناء ----- ۷۲

مسأله ۱۷ لو حصل الفسخ فی الأثناء ----- ۷۴

مسأله ۱۸ لو تبین أن الأرض کانت مغصوبه ----- ۸۳

مسأله ۱۹ خراج الأرض علی صاحبها ----- ۹۲

مسأله ۲۰ یجوز لهما الخرص علی الآخر ----- ۱۰۱

مسأله ۲۱ وجوب الزکاه علی کلیهما ----- ۱۲۱

مسأله ۲۲ لو بقی فی الأرض أصل الزرع ----- ۱۲۳

مسأله ۲۳ لو اختلفا فی المده ----- ۱۲۷

مسأله ۲۴ لو اختلفا فی کون البذر علی أیهما ----- ۱۳۴

مسأله ۲۵ لو اختلفا فی الإجاره والمزارعه ----- ۱۳۶

مسأله ۲۶ لو اختلفا فی الغصب والمزارعه ۱۴۴
مسأله ۲۷ إذا قلعه المالک فماذا یصنع بالزکاه ۱۴۶
مسأله ۲۸ إعطاء الأرض الخراجیه للغیر ۱۴۸
مسائل متفرقه ۱۵۰
کتاب المساقاه ۱۷۲
اشاره ۱۷۲
الأدله علی مشروعیه المساقاه ۱۷۵
شروط المساقاه ۱۷۹
مسأله ۱ هل تصح المساقاه بعد الظهور قبل البلوغ ۱۹۲
مسأله ۲ جواز المساقاه علی الأشجار ۱۹۴
مسأله ۳ المساقاه علی أصول غیر ثابته ۱۹۵
مسأله ۴ الأشجار التی لا تحتاج إلی السقی ۱۹۷
مسأله ۵ المساقاه علی فسلان مغروسه ۲۰۰
مسأله ۶ المساقاه علی الودی ۲۰۱
مسأله ۷ المساقاه لازمه ۲۰۳
مسأله ۸ لا تبطل المساقاه بموت أحد الطرفین ۲۰۴
مسأله ۹ ماذا علی العامل وماذا علی المالک ۲۰۷
مسأله ۱۰ لو اشترط کون جمیع الأعمال علی المالک ۲۱۳
مسأله ۱۱ إذا ترک العامل ما اشترط علیه ۲۱۶
مسأله ۱۲ لو شرط العامل أن یعمل غلام المالک معه ۲۲۳
مسأله ۱۳ لا یشترط مباشره الساقی العمل ۲۲۷
مسأله ۱۴ إذا شرط انف ا رد أحدهما بالثمر ۲۳۱
مسأله ۱۵ الحصه من بعض الأنواع ۲۳۴
مسأله ۱۶ جواز الاختلاف فی الحصص ۲۳۶
مسأله ۱۷ لو ساقاه بالنصف تاره والثلث أخری ۲۳۸
مسأله ۱۸ إذا شرط أحدهما علی الآخر شیئا ۲۴۱

مسأله ۱۹ هل تلف بعض الثمر یسقط من الشرط ---- ۲۴۳
مسأله ۲۰ جعل بعض الأصول للعامل ---- ۲۵۹
مسأله ۲۱ إذا تبین فی الأثناء عدم خروج الثمر ---- ۲۶۴
مسأله ۲۲ استئجار المالک أجیرا للعمل ---- ۲۶۶
مسأله ۲۳ إذا بطل عقد المساقاه لمن یکون الثمر ---- ۲۷۲
مسأله ۲۴ اشتراط عقد مساقاه فی عقد مساقاه ---- ۲۷۶
مسأله ۲۵ جواز تعدد العامل أو المالک ---- ۲۷۹
مسأله ۲۶ إذا ترک العامل العمل بعد العقد ---- ۲۸۳
مسأله ۲۷ إذا تبرع عن العامل متبرع ---- ۲۹۳
مسأله ۲۸ إذا فسخ المالک العقد بعد امتناع العامل ---- ۲۹۹
مسأله ۲۹ إذا لم یعمل العامل استأجر عنه المالک ---- ۳۰۲
مسأله ۳۰ لو تبین أن الأصول مغصوبه ---- ۳۰۶
مسأله ۳۱ لا یساقی العامل غیره ---- ۳۱۸
مسأله ۳۲ خراج السلطان علی المالک ---- ۳۲۳
مسأله ۳۳ العامل یملک الحصه بظهور الثمر ---- ۳۲۵
فروع ---- ۳۲۸
مسأله ۳۴ لو اختلفا فی مقدار حصه العامل ---- ۳۳۹
مسأله ۳۵ إذا ثبتت الخیانه من العامل ---- ۳۴۳
مسأله ۳۶ هل تصح المغارسه ---- ۳۴۶
مسأله ۳۷ لو لم یعلم کیفیه حصول المغارسه ---- ۳۶۳
تذنیب ---- ۳۶۴
المحتویات ---- ۳۶۹
تعریف مرکز ---- ۳۷۷

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۵

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فی الفقه الإسلامی

آیه الله العظمی

السید محمد الحسینی الشیرازی

دام ظله

کتاب المزارعه

الجزء الثانی

دار العلوم

بیروت لبنان

الطبعه الثانيه

۱۴۰۹ ه‍ ــ ۱۹۸۸م

دار العلوم ــ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريک، بئر العبد، مقابل البنک اللبنانی الفرنسی

ص:۴

كتاب المزارعه

اشاره

كتاب المزارعه

الجزء الثانی

ص:۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۶

مسأله ۸ لو غصب الأرض غاصب

(مسأله ۸): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب ولم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ وعدمه، وإن كان بعده لم يكن له الفسخ

(مسأله ۸): {إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب ولم يكن الاسترداد منه} هذا من باب أنه إذا أمكن واسترد لم يبق موقع للحكم الآتى {فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيير بين الفسخ وعدمه} لأن تسليم الأرض كان من الشرط الضمنى كما تقدم، فإذا لم تسلم له الأرض كان له الخيار فإذا فسخ صارت المعامله كأن لم تكن ولم تجر الأحكام الآتيه.

ولا فرق فى حق العامل فى الفسخ بين أن يكون المالك قادراً على أخذ الأرض وتسليمها له، ولم يفعل ذلك عصياناً، لأن التسليم واجب عليه، أو لم يكن قادراً.

والظاهر أن الزارع لو كان قادراً وجب عليه أخذها من الغاصب، لأن الوفاء بالعقد واجب عليه كوجوبه على المالك، ومقدمه الوفاء أخذها من الغاصب.

وكيف كان، فإذا لم يفسخ فيما له الفسخ كان محكوماً بالأحكام الآتيه.

{وإن كان} الغصب {بعده} أى بعد تسليم الأرض إلى العامل {لم يكن له الفسخ} لأن المالك قد فعل ما كان عليه، فلماذا يكون للزارع الخيار حتى يفسخ بسببه، كما إذا أعطى المؤجر الدار للمستأجر فغصبها الغاصب، أو أعطى

المستأجر الثوب للأجير فغصبه الغاصب.

وكذلك العكس، كما إذا اشتغل العامل فى الأرض، فحال ظالم بينه وبين العمل بمثل السجن ونحوه، حيث ليس للمالك فسخ المزارعه.

ولو شك فى أنه هل له الفسخ أم لا، فى أى الطرفين، كانت أصاله بقاء العقد محكمه.

هذا وربما يقال: إنه لا يستبعد أن يكون لكل منهما الزارع فى الأول والمالك فى الثانى حق الفسخ، حيث إن عدم الخيار أى اللزوم ضرر وهو مرفوع، كما ذكروا مثله فى خيار الغبن، حيث استدلوا بلا ضرر على الخيار، فإن إلزام العامل ببقائه على العقد بعد غصب الغاصب ضرر عليه، حيث إن اللازم عليه إعطاء حصه المالك فلا ضرر يرفع هذا الإلزام.

وكذلك فى عكسه، حيث إن بقاء المالك على العقد ضرر عليه بعد سجن الزارع مثلًا، فلا ضرر يعطيه حق الخيار، فإذا فسخ كان له إعطاء أرضه إلى آخر يزرعها.

ثم أى فرق بين تسليم المالك أرضه إلى الزارع حيث لا حق للزراع فى الفسخ، وبين عدم تسليمه، فإن كان الفارق الشرع فلا دليل من الشرع عليه، وإن كان الفارق العرف الذى قرر الشرع عقده فالعرف لا يرى فارقاً.

أما قول المستمسك فى مسأله الغصب قبل التسليم: (بأنه بناءً على التحقيق من أنه لا ضمان بالنسبه إلى العامل كما يأتى، لا فرق بين الفسخ وعدمه، وحينئذ يبطل أثر العقد قهراً فيكون انفساخاً للعقد) فغير ظاهر الوجه، إذ

لماذا الفسخ القهرى بعد أنه لا يقتضى دليل «لا ضرر» أكثر من عدم اللزوم، كما لم يقتض فى باب الغبن أكثر من عدم لزوم البيع لا بطلانه، وأى ربط بين عدم ضمان العامل وبين عدم الفرق بين الفسخ وعدمه.

بل اللازم القول بالفرق بأنه إن فسخ لم يكن عليه ضمان ولم يطلب هو شيئاً من الغاصب، وإن لم يفسخ كان عليه الضمان وطلب هو من الغاصب، حيث يرجع إليه المالك وهو يرجع إلى الغاصب، ويختلف الضمانان، فضمان العامل ضمان المسمى، أى الحصه تخميناً، وضمان الغاصب للزارع ضمان المثل، وربما يتساويان، وربما يزيد المسمى على المثل، وربما ينقص عنه.

والحاصل: إن حال قبل التسليم وبعده سواء من جهه أن الزارع له حق الفسخ وعدمه، كما أن حال سجن الزارع قبل تسلمه الأرض وبعده سواء، من جهه أن المالك له حق الفسخ فيعطى الأرض إلى زارع آخر، وعدم الفسخ فيكون له على الزارع الحصه، وهو يرجع إلى حابسه، لما رجحناه فى كتاب الغصب من ضمان الحابس لمثله، فيكون حال المالك حال ما إذا أجر الدار للمستأجر فحبس ظالم المستأجر، حيث يحق للمالك الفسخ إذا كان بقاؤه ضرراً عليه، وعدمه.

بل يمكن أن يقال: إنه إذا غصب غاصب الأرض واستعد المالك أن يعطى حصه العامل تخميناً، لم يكن للعامل الفسخ، لعدم وجود دليل «لا ضرر» الموجب لجواز العقد، كما أنه إذا استعد العامل أن يعطى للمالك حصته تخميناً، لم يكن للمالك الفسخ فيما إذا سجن الزارع، إذ لا ضرر يتوجه إلى المالك بعد عدم فوات حصته، بحيث يوجب دليل «لا ضرر» جواز عقد المزارعه بعد

وهل يضمن الغاصب تمام منفعه الأرض فى تلك المده

كونها لازمه فيستصحب لزومها، لكن المسأله بعد بحاجه إلى تتبع كلماتهم والتأمل فى الأدله والأمثله، كالإجاره والرهن والمساقاه ونحوها.

{و} على أى حال، فإذا غصب الغاصب الأرض {هل يضمن الغاصب تمام منفعه الأرض فى تلك المده} مده إضراره بالحاصل، ولو كانت مده الغصب أقل، مثلاً كان الحاصل يحصل إذا الزرع زرع فى أول الربيع فلما غصبها الغاصب فى الشهر الأول من الربيع فات أوان الزرع ولم يحصل الزرع، وإن ردها إلى المالك أو الزارع بعد شهر من الغصب فقط، فإن عليه كل ما فوّت، لا أجره الشهر فقط.

وكذا الكلام فى حبس الزارع إذا قلنا إنه ضامن لما فوته من منافعه، كما هو الحال فى سائر موارد الإجاره، فإذا كانت الدار تستأجر أول السنه بألف لكثره الراغبين، أما بعده فلا تستأجر إلّا بمائه، كان على الغاصب ضمان تسعمائه إذا ردها بعد شهر من الغصب فقط.

بل وكذلك إذا لم يكن للشىء أجره بقيه السنه، فإنه يجب عليه إرجاعه وإعطاء كل الأجره التى فاتت بسببه، مثلاً الفندق فى الصيف يؤجر لثلاثه أشهر بمائه، لكن وقت الإجاره أول الصيف، بحيث إذا لم يمكن إيجاره بقى فارغاً، فإنه يجب عليه رده وإعطاء أجره كامله، ولا يكون ذلك جمعاً بين العوض والمعوض للمالك، حتى يحتمل أن الغاصب إذا أعطاه أجره ثلاثه أشهر مما فوته عليه كان له الانتفاع بنفسه بالفندق، وذلك لأنه مثل كسر آنيه زيد،

للمالک فقط، أو یضـمن له بمقدار حصـته من النصف أو الثلث من منفعه الأرض، ویضـمن له أیضاً مقدار قیمه حصـته من عمل العامل حیث فوته علیه

حیث علی الکاسر الضمان مع حق المالک فی قطعه المکسره من باب أنه لا دلیل علی سلطه الکاسر علیها.

وکـذا إذا منع عامل البناء عن العمل فی أول الصـبح، حیث لا یوجد المسـتأجرون للعامل بعد أول الصـبح، فإنه یجب علیه إعطاء أجرته ولیس له سـخرته بقیه النهـار بحجه أن کـل نهـار العامل کان فی قبال الأجره، وقـد ذکر الفقهاء ما یرتبط بالمقام فی مسأله بدل الحیلوله، فتأمل.

{للمالک فقط} لأن المنفعه کانت للمالک ففاتت فی ید الغاصب، فیشمله دلیل «الید»((۱)) و«لا یتوی»((۲)) ونحوهما.

أما العامل، فقد کان له الانتفاع بالأرض، لا أن له منفعه الأرض.

{أو یضـمن له بمقـدار حصـته} المقروره فی عقـد المزارعه {من النصـف أو الثلث من منفعه الأـرض} لأـنه فـوت علیه الحصه، فیشمله دلیل «لا یتوی» ونحوه.

{ویضمن له أیضاً مقدار قیمه حصته من عمل العامل، حیث فوته علیه} حیث

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۴ الباب ۱ من أبواب الودیعه ح۱۲

۲- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۴

ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعه الأرض، وجهان

إنه استحق عمل العامل، فإذا فوته الغاصب لأن العامل لم يعمل، كان اللازم على الغاصب تداركه.

لكن ربما يرد على ذلک أنه كانت الحصه نتيجه الأرض والعمل فلا حق للمالک فی ما وراء الحصه، كما تقدم مثل هذا الإشكال فی المسأله السابقه.

أما إشكال المستمسک عليه بأنه (لا دليل على الضمان بهذا التفويت، فإن من حبس إنساناً فقد فوت عليه الانتفاع بداره وبدابته وبالآلات التی يستعملها، والحابس لا يضمن شيئاً من هذه المنافع التی فوتها عليه لا شرعاً ولا عرفاً).

ففيه: إن المحبوس إذا كان يؤجر دابته كل يوم بدرهم، وداره كل يوم بدرهمين مثلًا، وكان الحبس عشره أيام، فلماذا لا يضمن الحابس ثلاثين له شرعاً، حيث يصدق: «لا يتوى حق امرئ مسلم»، وعرفاً حيث يرون أن الحابس سبب ضرره والملک حقه، ومثله فی الضمان ما إذا هلكت دابته وانهدمت داره لعدم رعايتهما بسبب حبسه.

{ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعه الأرض} لأنه فوتها عليه، {وجهان}، اختار الأول جمله من المعلقين، منهم السيدان البروجردی والحكيم، وقال ثانيهما: (وكان المناسب لاختيار المصنف القول الخامس فی المسأله السابقه اختيار الوجه الثانی هنا، ولا وجه للوقف)، وقال السيد الجمال: (أقواهما ضمانه لهما جميعاً بأجره المثل، والأحوط أن تقسم عليهما بالتصالح على ما يقتضيه التخمين).

ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين.

{ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بسبب التخمين} لأن الغاصب فوته عليهما، فاللازم عليه تداركه، وهذا الوجه اختاره ابن العم وقال: هو الأظهر.

أقول: مقتضى القاعده أنه إن حصل فسخ ضمن الغاصب للمالك أجره الأرض، لأن المزارعه لما ارتفعت كانت الأرض بمنفعتها للمالك، فعلى الغاصب تدارك الأجره، إلاّ إذا انتفع الغاصب من الأرض فيقسم الانتفاع بين الأرض وبين العمل، فإن كانت حصه الأرض أكثر من الأجره كان على الغاصب إعطاء قدر الحصه للمالك، لأنه حقه عرفاً وشرعاً، وإن لم يحصل فسخ واستنماها الزارع وحصل ناتجه باعتبار حصه الأرض، حيث إن الناتج حصه الأرض، وحصه للعامل أكثر من حصه المالك والزارع، يجب على الغاصب إعطاؤهما كلاً بنسبه حقه، وعليه فعلى الغاصب أن يعطى للمالك والزارع أكثر الأمور الثلاثه من الحصه المقرره والأجره والناتج، الناتج بقدر حقهما بعد أن يكون للغاصب قدر عمله.

فإذا كانت الحصه حسب التخمين عشره لهما، ثلاثه أخماس للمالك وخمسان للزارع، وكانت الأجره عشرين، واستنمى الأرض بثلاثين، وفرض أن ثلثه لنفس الغاصب فى قبال عمله، كان للمالك اثنى عشر، وللزارع ثمانيه وهكذا، وذلك لأن الأجره إن كانت أقل ولم يستنم فقد فوت عليهما الحصه، فالواجب عليه إعطاؤها لهما حسب ما قررا فى المزارعه، وإن كانت الأجره أكثر، فقد كانت الأجره لهما لأنهما قررا الناتج بينهما فى عقد المزارعه، والأجره بدل الناتج، حيث حال الغاصب بينهما وبين الناتج، وإن استنمى وكان النماء أكثر

من الأجره والحصه فالنماء ــ بعد إخراج حصه نفس الغاصب لمكان عمله فی الأرض ــ للمالك والزارع، بدلاً من حصتهما.

وبذلك يظهر وجه النظر فی كل الأقوال المتقدمه.

ص:۱۴

مسأله ۹ لا یجوز للزارع التعدی عما عینه المالک

(مسأله ۹): إذا عین المالک نوعاً من الزرع، من حنطه أو شعیر أو غیرهما تعین، ولم یجز للزارع التعدی عنه، ولو تعدی إلی غیره ذهب بعضهم إلی أنه إن کان ما زرع أضر مما عینه المالک

(مسأله ۹): {إذا عین المالک} عند العقد، إذ لا تأثیر للتعیین بعده، کما أنه إذا جعل الشرط نوعاً خاصاً فی ضمن عقد آخر لم یؤثر ذلک الشرط فی عقد المزارعه، وإن کانت المخالفه توجب حق المالک فی فسخ ذلک العقد.

{نوعاً من الزرع من حنطه أو شعیر أو غیرهما تعین} إذا کان ذلک ممکناً، وإنما یتعین لأنه سواء کان علی نحو المصب أو التقیید أو الشرط لزم، فإن الأولین ملزم من جهه العقد، والثالث ملزم من جهه أن المؤمنین عند شروطهم، وعلیه فإذا لم یکن فی صوره المصب والقید ممکناً، إما ابتداءً بأن لم تکن الأرض تربی الحنطه مثلًا، أو اتفاقاً کما إذا اتفق تغیر الطقس مما أسقط إمکانیه زرع الحنطه، بطلت المزارعه، فإن ما وقع علیه العقد لا یمکن، وما یمکن لم یقع علیه العقد، وإذا لم یکن فی صوره الشرط ممکناً، فإن تجاوز الشارط عن شرطه بقیت المزارعه، وإلّا کان له حق الفسخ.

{ولم یجز للزارع التعدی عنه} بلا إشکال ولا خلاف، وفی الریاض لا خلاف فیه، وفی الجواهر قطعاً، وعن الغنیه الإجماع علیه، وفی المستمسک: (یقتضیه عموم الوفاء بالعقد والشرط).

{ولو تعدی إلی غیره، ذهب بعضهم إلی أنه إن کان ما زرع أضر مما عینه المالک} حیث بعض النباتات تضر الأرض أکثر من غیرها.

ص:۱۵

كـان المالـك مخيراً بين الفسـخ وأخـذ أجره المثـل للأرض، والإمضاء وأخـذ الحصه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، وإن كان أقل ضرراً لزم وأخذ الحصه منه

{كان المالك مخيراً بين الفسـخ وأخذ أجره المثل للأرض} لأن له الحق فى الفسخ لتخلف شـرطه {والإمضاء وأخذ الحصه من المزروع} حسب مـا قررا من النصف والثلث ونحوهما، {مع أرش النقص الحاصل من الأضـر} فإنه إذا رفع اليـد عن شـرطه كان عموم المزارعه شاملاً لهذا المزروع، فله الحصه منه، والأرش لأنه سبب نقصاً.

لكن ربمـا يقال: إن كان العموم شاملاً لمثل هـذا الزرع لم يكن وجه للأرش، لأنه بإجازه المالك، وإن لم يكن العموم شاملاً لم يكن وجه لحصه المضاربه وبقائها وأخذ المالك الحصه.

وكيف كان، فقد ذهب إلى هذا التفصيل الشرائع والتذكره والتحرير واللمعه وغيرهم، كما فى مفتاح الكرامه.

{وإن كـان أقـل ضـرراً لزم} لأنه لا يوجـد دليـل على الخيار، فإن الخيار كان لأجل قاعـده «لا ضـرر» كما فى السابق، حيث إنه توجب الخيار، كما إذا كان غبن فى البيع حيث قالوا بالخيار لأجل دليل «لا ضرر».

{وأخذ الحصه منه} على ما ذكره الجماعه المتقدمه.

لكن يرد عليه: إن الخيـار فى الشق الأول لأجل لا ضـرر، ولأجل الشـرط، وفى المقام وإن لم يكن ضـرر إلاّ أن الشـرط موجود، فاللازم وجود الخيار، ولذا كان قول العلامه فى القواعد

وقال بعضهم: يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقاً، لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصه منه مطلقا، والأقوى

أقرب إلى الصواب، حيث جعل للمالک فی هذه الصوره الخيار بين الحصه مجاناً وأجره المثل.

ومـا فی مفتاح الكرامه أنه من منفردات القواعـد غير ضار بعـد كونه حسب القواعـد، بل اللازم أن يكون الحال كـذلک إذا زرع الأنفع أو المساوی، حيث إن الانفعيه لا توجب سقوط الشرط فكيف بالمساوی.

{وقال بعضهم} كما عن الروضه وجامع المقاصد والمسالک ومجمع البرهان، وتبعهم بعض المعلقين منهم السيد الجمال.

{يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقاً} سواء كان أضـر أو مساوياً، بل يشـمل كلامهم الأنفع أيضاً {لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد} فلا ربط للعقد به، فكيف يمكن أن تكون حصه منه للمالک.

{فلاـ يجوز أخـذ الحصه منه مطلقـاً} أی بالجبر ولا بالاختيار، فلا يمكن الإشـكال فيه، لأن الأمر بينهما فإذا تراضـيا لم يكن مانع يحول دون رضاهما.

{والأقوى} أن الحاصل لما كان ناتـج الأرض والعمل كما ذكرناه مكرراً، كان مقتضـى القاعـده اشتراكهما فيه بالنسـبه العقلائيه، إذا لم يلغ الشارط شـرطه، أما إذا ألغاه فأوضح، حيث إن الاشتراک مقتضى المزارعه العقديه، فإذا فسخ كان له أكثر الأمرين من الأجره والحصه، فإذا كانت الحصه أقل أخذ التفاوت أجره، وإن كانت الحصه أكثر أخذها، كما تقدم مثله.

أنه إن علم أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظه مصلحه الأرض وترک ما يوجب ضرراً فيها يمكن أن يقال: إن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين فی صوره كون المزروع أضر، وتعين الشركه فی صوره كونه أقل ضرراً

ثم إن الأقوی عند المصنف: {أنه إن علم أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظه مصلحه الأرض} أو مصلحه المالک، حيث إن فائده بعض المزروعات أكثر من جهه الاقتصاد، أو من جهه احتياج المالک إلی ذلک القسم من المزروع لأجل صرفه، كما يزرعون الحنطه لأجل أكلهم، أو لأجل إعطاء الضريبه للسلطان، حيث طلب منهم ذلک القسم، إلی غير ذلک.

{وترک ما يوجب ضرراً فيها} أو لأجل أن الحيوان مثلاً ـ لا ـ يأكل هذا القسم ولا يفسده، بينما يفسد القسم الآخر، إلی سائر الأمثله، بشرط أن لا يكون جعله فی العقد بنحو المصب والقيد.

{يمكن أن يقال: إن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين} الفسخ والإمضاء، لأنه من باب تعدد المطلوب، والشرط لا يوجب رفع اليد عنه بطلاناً.

{فی صوره كون المزروع أضر، وتعين الشركه فی صوره كونه أقل ضرراً}، وفيه أولاً: إن كان شرطاً كان فی كلا القسمين الخيار، وإن كان قيداً أو مصباً بطل ولا خيار.

ولذا قال المستمسک: (الأولی فی الإشكال عليه أن يقال: إن تعيين زرع بعينه إن كان دخيلاً ـ فی المزارعه كان قيداً، وتركه يوجب البطلان لفوات المقيد

لكن التحقيق مع ذلـك خلافه، وإن كـان التعيين لغرض متعلق بـالنوع الخاص لا لأجل قله الضـرر وكثرته، فإما أن يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانيه، أو يكون على وجه تعدد المطلوب والشرطيه

بفوات قيـده، وإن كـان أجنبيـاً عن المعـامله فلا يوجب الخيـار، فالجمع بين المسـمى والخيار غير ممكن، إلاّ أن لا يكون التقييد بنحو تعدد المطلوب) انتهى.

وإن كان فيه إنه يستوعب فى الإشكال على المصنف ما ذكرناه.

ثم إن جمع المصنف بين (الأقوى) و(التحقيق) غير ظاهر الوجه، إلاّ أن يريد الأقوى لولا التحقيق، فتأمل.

{لكن التحقيق مع ذلـك خلافه}، ثم إن قوله: (إن علم) أراد الواقع، والعلم طريق، فليس الأمر دائراً مـدار العلم وإنما هـذا تعبير عرفى كما لا يخفى.

{وإن كان التعيين} لنوع خاص من الزرع {لغرض متعلق بالنوع الخاص، لا لأجل قله الضرر وكثرته}.

أقول: ما يـذكره من القيـد وتعـدد المطلوب لا فرق فيه بين أن يكون لأجل قله الضـرر وكثرته، أو لأجل أمر آخر، إذ ليس المهم فى المقام الدواعى، بل كيفيه العقد مصباً وقيداً وشرطاً، حيث إن الثالث من باب تعدد المطلوب.

{فإمـا أن يكـون التعيين على وجه التقييـد والعنـوانيه} لعـل أراد بـالعنوانيه المصب، إذ قـد يكـون الشـىء مـورد العقـد على نحو البساطه، وقد يكون مورده على نحو التقيد، حيث إن القيد خارج والتقيد جزء.

{أو يكون على وجه} الشـرطيه و{تعدد المطلوب} حيث المصب مطلق {و} إنما {الشـرطيه} من المطلوب الزائد الذى بفقده لا ينتفى أصل المطلوب،

فعلى الأول إذا خالف ما عين فبالنسبه إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتى انقضت المده، فيجرى فيه الوجوه السته المتقدمه فى تلك المسأله، وأما بالنسبه إلى الزرع الموجود

وإنما ينتفى كماله.

{فعلى الأول إذا خالف} الزارع {ما عين} المالك له من الزرع {فبالنسبه إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلًا} إذ لم يفعل مورد المزارعه، ففعل غيره كعدم فعله، حاله حال ما إذا باعه الكتاب فسلم له القلم، إذ تسليم القلم وعدمه سواء فى عدم تسليمه متعلق البيع، {حتى انقضت المده} بخلاف ما إذا زرع المعين بعد أن زرع غيره، حيث عمل بمقتضى المزارعه حينئذ.

{فيجرى فيه الوجوه السته المتقدمه فى تلك المسأله} وقد عرفت أن الأوجه هناك وجه سابع، ويأتى هنا أيضاً نفس ذلك الوجه.

أما إذا زرع ما عين له بعد أن زرع غير ما عين، ففى ما عين الحصه، أما فى غيره فمقتضى القاعده اشتراكهما على وجه العدل، لما سبق من أن الزرع حاصل الأرض والعمل بنسبه خاصه يراها العرف عدلاً، حيث تتفاوت النسبه إن كان البذر من أحدهما أو من كليهما، فبتلك النسبه العادله يقسم الحاصل بينهما.

{وأما بالنسبه إلى الزرع الموجود} الذى كان خلاف التعيين، فقد تقدم حق المالك فى قلعه وعدمه، وهنا يأتى نفس الكلام فى تلك المسأله، هذا من جهه القلع.

ص:٢٠

فإن كان البذر من المالک فهو له، ویستحق العامل أجره عمله، على إشكال فی صوره علمه بالتعیین وتعمده الخلاف، لإقدامه حینئذ على هتک حرمه عمله

أما من جهه التقسیم بالحصص {فإن كان البذر من المالک فهو له} لما بنوه من أن الزرع للزارع {ویستحق العامل أجره عمله} لأن عمله له مدخلیه فی الحاصل فلا وجه لهدر حقه.

{على إشكال فی صوره علمه بالتعیین وتعمده الخلاف} بل اللازم عدم الأجره على مبناهم، ولذا قال ابن العم: بل لا یستحق إذ الزرع تابع للبذر، وعمله هدر بعد أن لم یأذن به المالک، فهو كما إذا استأجره لیخیط ثوباً فخاط قباءً.

ولذا وجه الإشكال بقوله: {لإقدامه حینئذ على هتک حرمه عمله} فإن من عمل ما لم یأذن به صاحب العمل، فقد هتک حرمه عمله، مثلاً عامل البناء أخذ التراب من داخل الدار إلى خارجها بدون أمر صاحب الدار، فهل یكون له على صاحب الدار الأجره، فإن إلزام صاحب الدار بالأجره خلاف تسلط الناس على أموالهم.

وعلى هذا، فلا حق له فی الأجره وإن كان جاهلاً، فضلاً عما إذا كان عالماً، كما أشار إلیه المستمسک.

هذا ولكن اللازم أن یقال: إنه یستحق الحصه العادله وإن كان عالماً، فضلاً عما إذا كان جاهلاً أو ناسیاً، لأن الحاصل نتیجه الأرض والبذر والعمل.

وإن كان البذر للعامل كان الزرع له، ويستحق المالك عليه أجره الأرض مضافاً إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمه

فهو كما لو نحت خشبه غيره مما ضعفت قيمته، فإنه يكون شريكاً، وإن لم يرض صاحب الخشب بالنحت، إذ هو حقه العرفى و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

فهو كما لو مزج لبنه بسكر الغير حيث يشترك معه، وإن كان بدون رضى ذلك الغير، فإن دليل السلطه فى صاحب السكر لا يتمكن من دفع دليل السلطه فى صاحب اللبن الذى مزج، ولو كان عالماً عامداً بأن كان عمله حراماً.

وفى المقام وإن لم يكن من الزارع إلاّ العمل، لكن العمل أورث له حقاً، فلا يتمكن دليل «الناس مسلطون» بالنسبه إلى مالك البذر والأرض أن يدفع هذا الحق.

ومنه يعلم أن الحال كذلك فيما إذا أخذ الزارع بذر ثالث وزرعه بدون رضاهما، فإنه يشترك الثلاثه فى الحاصل بالعدل، فلكل منهم حصه من الحاصل.

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله: {وإن كان البذر للعامل كان الزرع له، ويستحق المالك عليه أجره الأرض} إذ فى هذه الصوره أيضاً لكل منهما حصه، نعم من كان له البذر منهما حصته أكثر.

أما الأجره فلا شأن لها فى أحد المقامين، وإن استدل لها فى هذا المقام بأن الزارع حاله حال الغاصب، إذ حيث استوفى منفعه الأرض كان اللازم عليه إعطاء المالك أجره أرضه.

{مضافاً إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمه} واستحقاقه نقص أرضه إذا نقصت بسبب الزرع، أما الثانى فوجهه واضح، وأما الأول فلما تقدم فى

ولا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بينا فى محله، لأنه من جهتين، وقد ذكرنا نظير ذلك فى الإجاره أيضاً

المسأله السابعه من الوجوه السته، مثلاً- إذا قلنا هناك إن تارك الزرع عليه أن يعطى للمالك أجره الأرض، لزم هنا على الزارع أجرتان، أجره لتركه الزرع الذى عين له، وأجره لاستفادته من الأرض، حيث زرع فيها بذره الذى كان حاصله لنفسه.

{و} حيث إنه يستغرب كيف يجب عليه أجرتان لشىء واحد، قال: {لا- يضر استلزامه} استلزام الزرع غير المعين {الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه فى محله} فى المسأله السابعه، وهنا {لأنه من جهتين} جهه ترك الزرع المعين فتكون الأرض مضمونه، وحيث لا- ضمان للمسمى لأنه لا حصه يكون الضمان بأجره المثل، ومن جهه أنه استوفى منافعها بالزراعه، وحيث إن المنفعه للمالك كان اللازم إعطاء بدلها له والبدل هو الأجره.

{وقد ذكرنا نظير ذلك فى الإجاره أيضاً} فإذا استأجر الدار للسكنى فجعلها مخزناً استحق المؤجر عليه أجرتين، المسمى المستحق بسبب المعاوضه، والمثل بسبب الاستفاده منها فى جعلها مخزناً.

ولا- يخفى أن هذا الكلام محل منع فى كلا المقامين، فإن الضمان ضمان اليد سواء استوفى منافعها أم لا، ويؤيده أنه لو كان كذلك لزمت أجرتان فى صحيحه أبى ولاد، حيث إن المستأجر خالف مقتضى الإجاره واستوفى منفعه البغل، مع أن الإمام (عليه السلام) لم يضمنه كذلك.

ثم إنك قد عرفت أن مقتضى القاعده إعطاء الحصه للمالك، لأنها نتيجه

وعلى الثانى يكون المالك مخيراً بين أن يفسخ المعامله لتخلف شرطه فيأخذ أجره المثل للأرض، وحال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر، وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه

أرضه، وقد سبق أن اللازم إعطاؤه أكثر الأمور الثلاثه من الأجره والمسمى والحصه، أما الحصه فلأنها نتيجه أرضه، وأما المسمى فلأن العقد إن صح فعليه المسمى، وإن بطل كان مورد قاعده «ما يضمن بصحيحه»، وأما الأجره فى العقد إذا بطل فلأنه لم يكن المسمى الأقل، حيث بطل العقد، وقد استولى على ما أجرته أكثر من المسمى، فتأمل.

{وعلى الثانى} بأن كان تعيين الزرع على وجه الشرطيه، فلم يزرع العامل ما شرط، وإنما زرع غيره {يكون المالك مخيراً بين أن يفسخ المعامله لتخلف شرطه فـ} إذا فسخ يأخذ الأكثر من الحصه والأجره لما تقدم، وعليه فقوله: {يأخذ أجره المثل للأرض} محل نظر.

{وحال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه} لهما، حيث إنه ناتج للأرض والعمل، وليس {لمن له البذر فقط}، وإن كان المشهور ذلك، لكن لا دليل عليه.

{وبين أن لا يفسخ} ويسقط حق شرطه {ويأخذ حصته من الزرع الموجود} فإنه {بإسقاط حق شرطه} يكون الزرع لهما حسب ما قرراه من الحصص.

والظاهر أنه له فى كلا الحالين أخذ النقص الوارد على الأرض بسبب الزرع، أما فى الأول فواضح، لأن العقد سقط، وأما فى الثانى فلأنه وإن لم يسقط

وبين أن لاـ يفسخ ولكن لاـ يسقط حق شرطه أيضاً، بل يغرم العامل على بعض الوجوه السته المتقدمه، ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه

لكن النقص كان من التعدى ولا تلازم بين وجود العقد وبين عدم التعدى.

{وبين أن لا يفسخ، ولكن لا يسقط حق شرطه أيضاً} فيطالب بشرطه.

{بل يغرم العامل على بعض الوجوه السته المتقدمه}، وكأنه لأن الشرط حق له قد فوته الزارع فاللازم عليه تداركه، لأنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، والتدارك يكون بأحد الوجوه.

وفيه أولاً: إن المشهور أن فى تخلف الشرط خيار بين البقاء بلا شىء وبين الفسخ، أما البقاء مع أخذ حق الشرط فغير مشهور.

ولذا قال فى المستمسك: (يشكل بأنه لم يظهر خصوصيه للشرط فى المقام يمتاز بها عن سائر الشروط، فإن حكمها مجرد الخيار عند فوات الشرط، فلم صار حكم الشرط فى المقام أنه يجوز للمشروط له عدم إسقاطه والمطالبه بالضمان، وكيف يصح الضمان والتغريم مع اعتراف المالك بأن التصرف كان عن إذن منه وصحه عقد).

وثانياً: لو كان له حق الشرط فإنه يكون بقدره لا بأحد الوجوه السته إن كان الشرط عرفاً له قدر من البدل، فذلك هو اللازم، كما فى خيار العيب حيث قالوا بالأرش، وفى شرط البكاره والختان حيث قالوا بالأرش، لا أحد الوجوه السته.

{ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه} بينهما بالحصص، لا أنه

لمالك البذر.

{للمالك البذر} لما تقدم من وجهه، بل لا وجه له هنا، وإن قيل به فی غيره، لما ذكره السيد البروجردی بقوله: (بل يكون بينهما بمقتضی العقد المفروض عدم فسخه وعدم تقيد متعلقه بمفاد الشرط).

وقال المستمسک: (يشكل بأنه مخالف لمقتضی العقد الذی لم يفسخ، فإن مقتضاه كون الحاصل بينهما).

ومما تقدم يظهر حال ما إذا زرع الزارع بعض الأرض دون بعض، فتركها بلا زرع أو زرع فيها علی خلاف ما شرط له، كما أنه إذا خالف الشرط أو القيد فعل حراماً إذا كان عمداً، لكن إذا كان عن نسيان أو اضطرار، كما إذا لم يقدر علی زرع ما طلبه المالک ولم يتمكن من إيصال الخبر إليه لكشف رأيه، فدار الأمر بين زرعه غير ذلک أو تركها.

مسأله ١٠ لو ا زرع على أرض لا ماء لها

(مسأله ١٠): لو زارع على أرض لاـ مـاء لها فعلاً، لكن أمكن تحصـيله بعلاج من حفر ساقيه أو بئر أو نحو ذلك، فإن كان الزارع عالماً بالحال صح ولزم، وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ، وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها

(مسأله ١٠): {لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً، لكن أمكن تحصـيله بعلاج من حفر ساقيه أو بئر أو نحو ذلك، فإن كان الزارع عالماً بالحال صح ولزم} لإطلاق الأدله.

قال في القواعـد: (ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها، تخير العامل مع الجهل لا مع العلم)، وقد أخذ ذلك عن الشـرائع، كما قال بمثله في التذكره.

ثم إن كـان تحصـيل الماء بحاجه إلى أجر، فإن كان هناك نص منهما في أن الأجر على من، كان عليه فهو، وإلّا فإن كان اعتياد أراداه ولو ارتكازاً كان كما أرادا، لأن العقود تتبع القصود، وإن لم يكن أحـدهما فالظاهر أنه عليهما حسب قـدر الحصه، لأن من له الغنم فعليه الغرم.

{وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ} إذا لم يستعد المالك للمجيء بالماء إليها.

أمـا الأول: فلأنه ضـرر عليه وعيب، فيشـمله دليل خيار العيب، ودليل «لا ضـرر»، ولأنه من تخلف الوصف إذا كان المنصـرف من العقد أن لها الماء وما أشبه.

وأما الثاني: فلأنه لا ضرر ولا عيب إذا جاء المالك بالماء.

ومنه يعلم أن إطلاق المصنف خياره غير ظاهر الوجه.

{وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها}، ومثله ما لو كان

وأما لو لم يمكن التحصيل فى الصوره الأولى أو القطع فى الثانيه كان باطلاً، سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً، وكذا لو انقطع فى الأثناء ولم يمكن تحصيله، أو استولى عليها ولم يمكن قطعه، وربما يقال بالصحه مع علمه بالحال

نقص آخر من سبخه أو أعشاب ضاره أو ما أشبه، من ما يخالف الوصف وضرر وعيب، فإن إطلاق الأدله يشمل المستثنى منه والمستثنى، لوحده الملاك فى الجميع.

{وأما لو لم يمكن التحصيل فى الصوره الأولى والقطع فى الثانيه كان} العقد {باطلاً} لما تقدم فى الشرط السابع.

{سواء كان عالماً أو جاهلاً} لأن الموضوع غير قابل لعقد المزارعه، فعلم الزارع بذلك لا يجعله قابلاً حتى تصح المزارعه، ولأن مثل هذه المزارعه سفهائيه والمعاملات السفهائيه لا يشملها الدليل.

{وكذا لو انقطع} الماء {فى الأثناء ولم يمكن تحصيله} فإن ذلك يسقط الأرض عن صلاحيه الزراعه {أو استولى عليها ولم يمكن قطعه}، نعم ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يمكن الاستفاده كل المده، وإلاّ كان له الخيار من جهه تبعض الصفقه، لا البطلان رأساً.

{وربما يقال بالصحه مع علمه بالحال} وأنه لا ـ ماء لها، أو الماء مستول عليها، كما فى الشرائع والقواعد والتذكره والروض والإرشاد، كما حكى عن بعضهم، لكن التحرير قال: إنها تبطل مطلقاً، قال فى محكى كلامه:

ولا وجه له

ولو تعـذر وصول المـاء إليهـا لـم تصـح المزارعه، وتبعه فى إطلاـق البطلاـن جـامع المقاصـد والمسالـك ومجمع البرهان ومفتاح الكرامه وغيرهم.

{ولا وجه له} إذ قد تقدم فى الشرط السابع إمكان الزراعه، فحيث لا إمكان لم يكن وجه للصحه، وإن كان ربما يقال: إن الوجه كون الزارع التزم بإعطاء الحصه فيما علم أنه لاـ يتمكن تحصـيلها من هـذه الأـرض، فاللازم تحصـيلها من مكان آخر وإعطاؤها للمالك، وأى فرق بين أن يعلم أن الشـىء لا يسوى بمائه ويشتريه بمائه، حيث تنازل عن التفاوت بلا شـىء مقابل التفاوت، وبين المقـام حيث تنـازل عن كل الحصه، فإن كان صـحيحاً صـح فى كلا المقامين وإلاّ بطل فيهما، وحيث يصـح فى الغبن يصـح هنا أيضاً.

لكن فيه الفرق، وأن فى الغبن هناك شـىء يقع فى قبال المال، وليس فى المضاربه شىء، هذا بالإضافه إلى أن المزارعه حقيقتها الزرع، ولا زرع فى المقام.

قال فى المسـتمسک: (ولعل مرادهم صوره ما إذا لم يكن للأرض ماء فعلى وأمكن تحصـيله بحفر ونحوه مما يوجب صعوبه غير معتاده، كما ذكره المصنف فى أول المسأله).

وقـال فى مفتـاح الكرامه: (إنه استشـكل فى التـذكره فى جواز المزارعه فيمـا إذا لم يكن للأـرض مـاء يمكن زرعها به إلا نادراً، فيمكن أن يكون المراد من قولهم: لا ماء لها، أن لا ماء لها غالباً، لا أنه لا ماء لها أصـلاً، فيكون القواعـد والشـرائع قد رجحا أحد وجهى الإشكال وهو الصحه مع الخيار فى صوره الجهل) انتهى.

ص:۲۹

وإن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع، لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع، نعم لو استأجر أرضاً للزراعه مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله أمكن الصحه لعدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع، إلّا أن يكون على وجه التقييد فيكون باطلًا أيضاً.

وهذا التوجيه أقرب كما لا يخفى.

ثم إن مقتضى القاعده البطلان {وإن أمكن الانتفاع بغير الزرع، لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع} إذ ليست المزارعه إلّا العقد على الزراعه، فإن لم يمكن الزرع بطل، فيكون كمن يستأجر للصياغه أو الخياطه بنفسه ولا يعرفهما، فإنه يبطل العقد، لا أنه يصح ويكلف بعمل آخر، ومثله ما إذا استأجر مكاناً للسكنى وهو غير قابل للسكنى لكونه مستنقعاً وما أشبه ذلك.

{نعم لو استأجر أرضاً للزراعه} بأن كان قصد الزراعه على وجه الداعى أو الشرط {مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله أمكن الصحه} بل اللازم القول بها.

أما فى صوره الداعى فلأن تخلف الداعى لا يوجب خللًا فى العقد.

وأما فى صوره الشرط فلأنه من تخلف الشرط الذى يوجب الخيار لا البطلان {لعدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع إلّا أن يكون على وجه} المصب للعقد، أو {التقييد، فيكون باطلًا أيضاً} علم أو جهل.

مسأله ۱۱ البذر من المالک أو الزارع

(مسأله ۱۱): لا فرق فی صحه المزارعه بین أن یکون البذر من المالک أو العامل أو منهما

(مسأله ۱۱): {لا فرق فی صحه المزارعه بین أن یکون البذر من المالک أو العامل أو منهما} بنسبه متساویه، أو حسب الحصص، أو خلاف الحصص، کأن یکون ثلث البذر لمن له ثلثا الحصه وبالعکس، بل یصح إذا کان البذر من ثالث فی قبال حصه له أیضاً، کل ذلک لأنها کلها عقلائیه، والشارع لم یردع عنها، بل إطلاق أدله المزارعه شامل لها.

وکذا یصح أن یکون من أحدهما الأرض والبذر، ومن الآخر العمل والعوامل، أو یکون ثلاثه من أحدهم وواحد من الآخر، وقد ادعی الجواهر والحدائق وغیرهما عدم الخلاف أو الإجماع علی ذلک.

بل اللازم القول بالصحه إذا کانت الأربعه من أربعه أو من ثلاثه، بالانفراد أو الاشتراک، مثلاً البذر من ثلاثه أو من واحد.

نعم إذا کانت الأرض من اثنین کانت مزارعتان، کما إذا کان العامل اثنین، وإن أجریت الصیغه فی صوره مزارعه واحده، وقد ورد جمله من الروایات فی بعض الصور المذکوره.

کما تقدم صحیحه یعقوب بن شعیب: «النفقه منک والأرض لصاحبها»((۱)).

«وکذلک أعطی رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) خیبر»((۲))، مما ظاهرها أن الأرض

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۳ الباب ۱۰ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۲

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۱ الباب ۹ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

ولا بد من تعيين ذلک

کانت من الرسول (صلی الله علیه وآله) حیث صارت مفتوحه عنوه، وسائر اللوازم من أهل خیبر، وقد أعطاهم (صلی الله علیه وآله وسلم) النصف.

کما تقدم أیضاً خبر إبراهیم الکرخی: «من عندی الأرض والبقر والبذر ویکون علی العلج القیام والسقی والعمل فی الزرع حتی یصیر حنطه أو شعیراً».

إلی غیرهما من الروایات الموجوده فی الوسائل والمستدرک فراجعهما.

وإشکال المستمسک بأنه لیس فی روایه إبراهیم أنها مزارعه، ومجرد الصحه أعم من ذلک، غیر وارد، إذ الظاهر منها أنها مزارعه، کما أن تقییده الصحه مزارعه بخصوص ما فی صحیحه یعقوب خلاف ظواهر النصوص والإجماع.

{ولا بد من تعیین ذلک} فلو قالا: من أحدنا الأرض ومن الآخر سائر اللوازم، أو قال: الأرض منی والعمل منک، ولم یعینا ممن البذر لم یصح، لأنه خلاف المزارعه العقلائیه التی أمضاها الشارع، ولأنه مستلزم للغرر.

فالأول: مثل أن یقولا: من أحدنا الکتاب ومن الآخر الثمن، فی عقد البیع.

والثانی: مثل أن یقولا فی الشرط: بشرط أن یخیط أحدنا ثوب الآخر، إلی غیر ذلک مما الجامع عدم التعارف، فلا یشمله الدلیل، بالإضافه إلی أنه غرر، وقد نهی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) عن الغرر[(۱)]، وقد تقدم أن الشهره

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۳۰ الباب۴۰ من أبواب آداب التجاره ح۳

إلا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق، وكذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصه بالزارع أو مشتركه بينه وبين العامل، وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز كونه

العمليه المحققه تجبر ضعف سند الحديث.

وفى الجواهر احتمل لزوم التعيين وإلّا بطل العقد للغرر، واحتمل كونه على العامل لصحيحه يعقوب، فإنها كالأصل الشرعى فى ذلك، والإشكال على الأول بأنه لا دليل على بطلان ما فيه الغرر كليه، غير تام بعد ما عرفت.

نعم احتمال كونه على العامل مطلقاً لا يظهر من النص، كما أن العرف الذين هم الأصل ـ حيث أمضى فعلهم الشارع ـ لا يرون وجهاً للخصوصيه.

{إلا ـ أن يكون هناك} انصراف خاص، وإن لم يكن معتاداً عند العرف، أو {معتاد ينصرف إليه الإطلاق} مع كون ذلك مقصودهما ولو ارتكازاً، إذ العقود تتبع القصود.

{وكذا لا ـ فرق بين أن تكون الأرض مختصه بالزارع أو مشتركه بينه وبين العامل} للإطلاق، خلافاً لتعليق ابن العم، حيث قال: الظاهر أنه يعتبر فى المزارعه كون الأرض من أحدهما، والعمل من الآخر، وكأنه لأجل أنه لا يمكن أن يكون بعض الأرض وكل العمل من العامل، ثم يشترك المزارع مع العامل فى حصته، إلّا أن يكون البذر أو ما أشبه من المزارع.

لكن يمكن أن يقال: إن المزارعه شىء من هذا، وشىء من ذاك، والحصه مشتركه حسب القرار، فلا فرق بين الأقسام كلها مما كان من كل شىء، سواء كان كل الأرض أو بعضها، وكل العمل أو بعضه، وكل اللوازم أو بعضها، ولذا قال: {وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز} ذكر {كونه

عليهما، وكذا الحال فى سائر المصارف، وبالجمله هنا أمور أربعه: الأرض والبذر والعمل والعوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقيه،

عليهما، وكذا الحال فى سائر المصارف} كالعوامل والماء والسماد وغير ذلك، بل والمصارف الخارجيه، مثل ما يعطى للظالم لأجل كفه عن الظلم، وما أشبه ذلك.

نعم لا يكفى فى صدق المزارعه أن يكون كل شيء على أحدهما، وعلى الآخر الحراسه أو مصانعه الظالم أو ما أشبه، وإن صح مثل هذا العقد بالحصه، لكن ذلك ليس مزارعه، بل عقد جديد يشمله)أوفوا بالعقود(، فليس له أحكام المزارعه، وإن أشكل فى عقد جديد غير معهود فى الشرع أمكن جعله شرطاً فى ضمن عقد لازم أو بعنوان المصالحه.

{وبالجمله هنا} فى المزارعه {أمور أربعه: الأرض والبذر والعمل والعوامل} الشامله للوسائل الحديثه كالمكائن التى تحرث أو تحصد أو تدوس أو ما أشبه ذلك.

{فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه، ومن الآخر البقيه} وقد أشكل عليه غير واحد من المعلقين، منهم السيد البروجردى قائلاً: (هذه التوسعه لا تلائم ما يظهر منه فى مواضع من أن حقيقه المزارعه تمليك مالك الأرض حصه من منفعتها من الزارع بحصه من عمله، وكذا ما فى المسأله التاليه).

أقول: لكن كلامه هذا حاكم على كلامه ذاك، وأنه ذكر ذاك من باب أظهر المصاديق.

ص:۳۴

ویجوز أن یکون من کل منهما اثنان منها، بل یجوز أن یکون من أحـدهما بعض أحـدها ومن الآخر البقیه، کما یجوز الاشتراک فی الکل، فهی علی حسب ما یشترکان

{ویجوز أن یکون من کـل منهما اثنان منها، بل یجوز أن یکون من أحـدهما بعض أحـدها} کبعض الأرض {ومن الآخر البقیه، کما یجوز الاشتراک} بینهما {فی الکل}، ولـذا قال الحدائق بعد ذکره الأمور الأربعه: (والضابط أن الصور الممکنه فی اشتراک هذه الأربعه بینهما کلًا أو بعضاً جائزه، لإطلاق الإذن فی المزارعه من غیر تقیید بکون بعض ذلک بخصوصه من أحدهما.

{فهی علی حسب ما یشترکان}، قال سـماعه: سألته عن مزارعه المسـلم المشـرک فیکون من عنـد المسـلم البـذر والبقر، ویکون الأرض والماء والخراج والعمل علی العلج، قال (علیه السلام): «لا بأس»((۱)). فإن المناط فی الروایه یشمل سائر الأقسام.

بل لعله هو الظاهر من ما رواه ابن مسـلم، عن أبی جعفر (علیه السـلام)، فیما رواه أحمد بن محمد بن عیسـی فی نوادره، أنه سأل عن مزارعه المسـلم المشـرک، یکون من المسلم البذر جریب من طعام، أو أقل أو أکثر، فیأتیه رجل آخر فیقول: خذ منی نصف البـذر ونصف النفقه وأشـرکنی، قال (علیه السـلام): «لا بأس»، قلت: الـذی زرعه فی الأرض لم یشتره، إنما هو شـیء کان عنـده، قال: «یقومه قیمه کما یباع یومئذ، ثم یأخذ نصف القیمه ونصف النفقه ویشارکه»((۲))، فإن ظاهره

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۴ الباب۱۲ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۳ الباب۱۰ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

ولا يلزم على من عليه البـذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته، وكـذا بالنسـبه إلى العوامل، كما لا يلزم مباشـره العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل

إعطاء المسلم البذر فقط.

{ولاـ يلزم على من عليه البـذر دفع عينه} إلى العامل، كما إذا كان البـذر على صاحب الأرض، {فيجوز له دفع قيمته} إذ الغالب فى مثل ذلک الأعم من العين والقيمه.

لکن لاـ يخفى أن ذلـک فيمـا لم يفهم ذات العين، أو ذات القيمه، إذ ربما يفهم أحـدهما لقرائن خارجيه ککون تحصـيل البـذر صعبـاً فلاـ يسـتعد العامـل أن يحصـله، أو کـان بـاذل البـذر لم يرد إلّا إعطاء القيمه لا العين، لأنه کالصـراف ليس شأنه إلّا إعطاء المال، کما يقال: على دار فلان، ولا يراد إعطاؤه عين الدار بل قيمته، إلى غير ذلک من الأمثله.

{وکـذا بالنسـبه إلى العوامـل}، ومنه يعلم حـال مـا إذا کان کلياً فى الـذمه، أو فى المعين، أو على نحو الکسـر المشاع، أو العين الخاصه الخارجيه، وفى الثلاثه الأخيره إذا تلف کل المال فإن کان على نحو الشـرط کان للآخر خيار الشرط، وإن کان على نحو المصب أو القيد بطلت المزارعه، على ما تقدم شبه هذه المسأله.

{کمـا لاـ يلزم مباشـره العامل بنفسه} إذا کان هناک إطلاق أراداه ولو ارتکازاً {فيجوز له أخـذ الأجير على العمل}، فإن الغالب عدم إراده الخصوصيه، و

إلا مع الشرط.

إنما الهدف حصول العمل، والكاف فى (زارعتك) لا ـ يراد به أن العمل عليه، بل المراد به صرف الخطاب، مثل الكاف فى (بعتك) لا يراد به أن الطرف يملك بل صرف الخطاب، ولذا لا يلاحظ أن الطرف أصيل أو وكيل، نعم فى مثل (زوجتك) يراد به أن الطرف أحد الزوجين.

{إلا ـ مع الشرط} حيث لا ـ بد له أن يعمل بنفسه، وإذا لم يرد العمل كان للطرف خيار الفسخ، إلّا إذا كان على نحو المصب والتقييد، وإلا ـ مع كون القرائن تدل على الخصوصيه لا ـ العموم، حيث إن اللازم على نفسه العمل، والحاصل بناء العرف على العموم إلا فيما خرج بالقرينه أو الشرط.

ص:٣٧

مسأله ۱۲ المزارعه بین أکثر من اثنین

(مسأله ۱۲): الأقوی جواز عقد المزارعه بین أزید من اثنین، بأن تکون الأرض من واحد، والبذر من آخر، والعمل من ثالث، و

(مسأله ۱۲): {الأقوی جواز عقد المزارعه بین أزید من أثنین} وذلک لأنه أمر عرفی لم یثبت ردع الشارع عنه، فیشمله إطلاق أدله المزارعه، ولو لم یسلم الإطلاق کان المناط کافیاً.

ولذا اختاره الحدائق، ونقله عن الأردبیلی (رحمه الله)، وهو المحکی عن الکفایه، وقال سید البروجردی: (هذا وإن کان غیر بعید علی ما قویناه من کون المزارعه من سنخ المشارکات، لکن إثباته بالدلیل مع ذلک لا یخلو من إشکال، إذ المتیقن منها ما یکون بین الاثنین) انتهی.

وقد أخذ الإشکال من القواعد، حیث قال: (فی صحه کون البذر من ثالث نظر، وکذا لو کان البذر من ثالث والعوامل من رابع.

وکذا المحکی عن الإیضاح أنه لم یرجح، وعن التذکره التردد، لکنه مال إلی عدم الصحه فی آخر کلامه، وعن التحریر تصح علی إشکال، وجامع المقاصد والمسالک لم یصححاه، لأنه لا تصح المعامله إلاّ بتوقیف من الشارع ولم یرد النص بمثل هذا.

والذی یؤید الصحه التی ذهب إلیها غیر واحد من المعلقین ما تقدم من إشراک غیره معه فی البذر، ومن ظهور کون المزارعه کان بین الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) وبین أهل خیبر أنها کانت جماعه فی طرف الرسول (صلی الله علیه وآله)، لا أن الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) زارع واحداً واحداً.

{بأن تکون الأرض من واحد، والبذر من آخر، والعمل من ثالث، و

العوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلک، کأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبه إلى العمل والعوامل، لصدق المزارعه وشمول الإطلاقات بل يكفى العمومات العامه

العوامل من رابع}، نعم قد تقدم أنه ليس من المزارعه ما لو كان من أحد الحراسه ومن آخر دفع حصه السلطان وأمثال ذلک، وذلک لأنه ليس من المزارعه عند العقلاء فلا يشمله الدليل. نعم يصح عقداً خارجياً يشمله دليل)أوفوا بالعقود(.

{بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلک، کأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبه إلى العمل والعوامل} لأن الأدله السابقه شامله لكل ذلک {لصدق المزارعه} والإشكال فى الصدق كما فى المستمسک غير ظاهر الوجه، فإن العرف لا يشكون أنه مزارعه، فإنهم لا يرون فرقاً بين الاثنين والأكثر.

{وشمول الإطلاقات} الوارده فى باب المزارعه، ولو أشكل فى الإطلاقات يكفى المناط والمؤيدات المتقدمه.

{بل يكفى العمومات العامه} مثل:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1)، وما أشبه، فإن إطلاقه شامل لكل عقد كان، ولو كان بعض أفراده فى زمان الرسول (صلى الله عليه وآله)، وكل عقد لم يكن ثم كان، فقول المستمسک فى الإشكال على العمومات أنها تكفى فى

١- سوره المائده: الآيه ١

فلا وجه لما فى المسالك من تقويه عدم الصحه بدعوى أنها على خلاف الأصل فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك

الصحه، ولا تكفى فى كونها مزارعه، غير ظاهر الوجه بعد صدق المزارعه عرفاً.

نعم إن لم تصدق المزارعه، كما تقدم فى مثال الحارس، ومعطى حصه السلطان ونحوهما، لم يشمله دليل المزارعه.

وعليه {فلا وجه لما فى المسالك من تقويه عدم الصحه} قال: والأجود عدم الصحه {بدعوى أنها} أى المزارعه كلًا، أو هذه المزارعه التى بين أكثر من اثنين {على خلاف الأصل}، قال: ومن توقف المعامله سيما التى هى على خلاف الأصل على التوقيف من الشارع.

وكيف كان، فإن أراد أصل المزارعه على خلاف الأصل، فتقريبه: إن الأصل عدم الانعقاد، لأن المعامله تؤثر أثراً، فإذا لم يعلم هل أثرت أم لا ـ كان الأصل عدم الأثر، وإن أراد هذه المزارعه الخاصه، فتقريبه: إن أصل المزارعه ثابته بين الاثنين، أما بين الأكثر فحيث لم يدل عليه الدليل كان الأصل عدم الأثر فيه.

{فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك} وإنما قلنا لا وجه له لشمول الإطلاقات والعمومات بعد صدق المزارعه عرفاً، وبعد كونها عقداً يشمله)أوفوا بالعقود(ونحوه.

وربما قيل: بأن الأصل الصحه مع قطع النظر عن الإطلاق والعموم، وذلك لأن المزارعه كانت منذ زمان الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ولم يعلم

ودعوى أن العقـد لا بد أن يكون بين طرفين موجب وقابل، فلا يجوز تركبه من ثلاثه أو أزيد على وجه تكون أركاناً له، مدفوعه بالمنع، فإنه أول الدعوى

اشتراطها بأن لا يكون بين أزيـد من اثنين، فالأصل عـدم تقيدها بذلك، وفيه: إنه إذا ثبت على كيفيه خاصه كان الأصل مع عدم الأثر، نعم إنك قد عرفت أن الدليل دل على عدم خصوصيه لهذه الكيفيه من الإطلاق والعموم.

{ودعوى أن العقـد لابـد وأن يكون بين طرفين موجب وقابل} وذلك لأنه العقـد المتعارف عنـد العرف والشارع، فـدليل)أوفوا بالعقود(ونحوه ناظر إلى مثل هذا العقد فقط، {فلا يجوز تركبه من ثلاثه أو أزيد على وجه تكون أركاناً له} وإن جاز أن تكون غير أركـان، بأن كان أكثر من واحـد فى طرف، كما إذا كان البائع نفرين لنفر، أو نفر لنفرين فيما لم يثبت بطلان ذلك، كما فى النكاح، حيث لا يصح نكاح طرفه رجل لامرأتين على سبيل وحـده النكاح، أو طرفه امرأه لرجلين مطلقاً، وكما فى الإيقاع أيضاً، كمـا فى مثـل الطلاـق، فلاـ يصـح أن يطلق رجلان امرأةً مطلقاً، أو رجل امرأتين بوحـده الطلاق، وإن صـح نكاح رجل لامرأتين نكاحين ولو بصيغه واحده، أو طلاقه لهما كذلك.

{مـدفوعه بـالمنع} لقـولكم: لاـ يجوز، {فـإنه أول الـدعوى} فـإن العرف يرون عـدم البـأس بـذلك، فالإطلاـق والعموم يشـمله، وكذلك فى الإجاره، حيث

يمكن أن يكون أطرافها ثلاثه، فمن أحد القماش ومن آخر الخيط ومن ثالث الخياطه، وليست إجارتين بل إجاره واحده، كما أن المزارعه ذات أطراف ثلاثه ليست مزارعتين، بل مزارعه واحده.

والحاصل: إمكان التعدد كالمشاركه، إذ التقوم بالإيجاب والقبول لا يلزم وحده كل منهما، لا بمعنى الانحلال إلى عقدين، بل عقد واحد طرف من طرفيه أو كلا طرفيه متقوم بأكثر من واحد، والفرق أنه إذا كان عقدان لم يكن بطلان أحدهما مستلزماً بطلان الآخر، بخلاف ما إذا كان عقد واحد، فإنه إذا انكشف أن مالك البذر مثلاً لم يكن مؤهلاً للعقد بطل، حاله حال ما إذا انكشف عدم مؤهليه أحد طرفي العقد.

نعم إذا انحل العقد في الحقيقه إلى عقدين لم تكن مزارعه، وصحا من باب)أوفوا بالعقود(، وظهور عدم أهليه أحدهما لا يوجب البطلان بالنسبه إلى ما طرفاه أهل.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن ميل الجواهر إلى المنع من جهه خبر أبي ربيع الشامي وغيره مما تضمن المنع عن التسميه للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً، حيث قال (عليه السلام): «ولكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك ولك منها كذا نصفاً أو ثلثاً وما كان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقراً، فإنما يحرم الكلام»، غير ظاهر الوجه، لأن مورد الروايه جعل الحصه في قبال أشياء مع وجود طرفين للعقد، لا وجود أطراف له مع جعل حصه لكل طرف، وكأنه (رحمه الله) أراد استفاده ذلك بالمناط، حيث إن الإمام (عليه السلام) منع من جعل

الحصه أكثر من اثنين، وفى العقد ذى الأطراف الثلاثه يكون لكل حصه، فتكون الحصه أكثر من اثنين.

لكن لا يخفى عدم استفاده مثل هذا المناط، ولعل الإمام (عليه السلام) إنما منع عن تعدد الحصص لأنه غالباً يوجب الغبن، حيث إن اللازم ملاحظه العمل بمجموعه فى قبال الأرض بمجموعها، لا ملاحظه كل جزئى.

وكيف كان، فإذا جعل لها ثلاثه أطراف أو أكثر، ثم فسخ أحدهم عقده بخيار له، أو انفسخ لعدم تمكنه، أو ظهر بطلان عقده لعدم أهليته، انفسخت كل المضاربه لما تقدم، لا أن المزارعه باقيه، وإنما للأطراف الباقين حق الفسخ من جهه شيء يشبه تبعض الصفقه.

نعم لو كانت مزارعتان موجبهما أو قابلهما متعدد، لا يؤثر بطلان أو فسخ إحداهما فى الآخر حق الخيار، إلاّ إذا كانتا مرتبطتين إحداهما بالأخرى بشرط أو نحوه، حيث بطلان أو فسخ إحداهما يوجب الخيار.

مسأله ۱۳ یجوز للعامل مشارکه غیره

(مسأله ۱۳): یجوز للعامل أن یشارک غیره فی مزارعته، أو یزارعه فی حصته، من غیر فرق بین أن یکون البذر منه أو من المالک

(مسأله ۱۳): {یجوز للعامل أن یشارک غیره فی مزارعته} بأن یأخذ عاملاً یساعده فی الزرع علی نحو الشرکه، کما یصح أن یأخذ عاملاً علی نحو الإجاره أو الجعاله أو ما أشبه.

{أو یزارعه فی حصته} بأن تکون مزارعه ثانیه بین العامل وإنسان آخر، وذلک لإطلاق الأدله وهو المشهور بینهم، بل فی الجواهر بلا خلاف أجده فی شیء من ذلک، بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علیه.

أقول: وذلک لأن قصد العقلاء غالباً أن تزرع أرضهم لیکون لهم حصه فیها، ولا یهمهم بعد ذلک کون الزارع هذا أو ذاک، وإن أرادوا الخصوصیه اشترطوا، فعدم الشرط دلیل العدم، ولذا کان الأصل مع عدم الشرط، ولما کان عقد المزارعه مطلقاً جاز أخذ العامل والزارع.

ثم إن لم یشترط المالک حین المزارعه الخصوصیه لیس له بعد ذلک أن یقول: لا تعط الأرض لزارع آخر أو للمزارع الفلانی، وإنما لم یکن له مع أن الأرض أرضه، لأنه بإطلاق العقد أخرج الأرض عن سیطرته، فهو مثل أن یکون المؤجر أطلق الإجاره، ثم یقول للمستأجر: لا أرضی أن یأتی زید إلی داری.

{من غیر فرق بین أن یکون البذر منه أو من المالک} لإطلاق عقد المزارعه فی استخدام الزارع غیره عاملاً أو مزارعاً المقتضی لعدم الفرق، واحتمال

ولا يشترط فيه إذنه

الفرق لما ذكره المسالك مما جعل حاصله المستمسک: أنه إذا كان البذر من المالك فليس للعامل شيء يصح نقله إلى غيره على نحو الشركه أو المزارعه عليه، وإن البذر لمالكه، فلا يجوز لأحد التصرف فيه بغير إذنه، وإذن العامل ليس أذناً من المالك فلا يجوز لغير الزارع التصرف فيه، غير تام.

إذ يرد على أولهما: إن الزارع حق له فى الحاصل بمجرد العقد، فله أن ينقل كل هذا الحق أو بعضه إلى شريک أو مزارع أو ما أشبه، ولذا إذا مات الزارع انتقلت حصته إلى وارثه، فهذا الحق القابل للانتقال لا يفوت به الانتقال القهرى بالموت، أو الاختيارى بفعل نفس الزارع، كما يحق له أن ينقله بمعامله أخرى كأن يبيعه لزيد إذا قلنا بصحه بين الحق، كما لم نستبعده فى المكاسب.

وعلى ثانيهما: إن البذر خرج عن سلطه المالك ولم يقيد بتصرف الزارع بنفسه لإطلاق العقد، ولذا لو مات الزارع انتقل إلى وارثه، كما تقدم.

ولو صح هذا الإشكال منع عن الانتقال إلى الوارث أيضاً، لأنه ليس طرف المالک، بل المقام أولى من الانتقال إلى الوارث، إذ المقام يكون إعطاء البذر إلى المزارع الجديد وفق إراده المزارع السابق، بينما الإعطاء إلى الوارث لم يكن وفق إراده الميت.

{ولا يشترط فيه إذنه} لأنه قد أذن إذناً عقدياً بحيث لا يمكنه الرجوع، إذ الإذن العقدى لازم بلزوم العقد، وعليه فلا ينفع منعه أيضاً، إذ لا حق له فى المنع بعد إطلاق العقد اللازم لإطلاق الإذن.

ومنه يعلم أنه لو مات المالك وورثه غيره لا يحق له المنع، كما لا يشترط

نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه وإلّا كان ضامناً

الأمر بإذنه إذ أذن من له الإذن السابق على الوارث، فهو كالإجاره المطلقه إذا منع الوارث للمالك عن تصرف المستأجر بما شمله إطلاق الإجاره.

نعم إذا كان للوارث المنع والإجازه، كما فى الوقف الخاص، كان له إجازه أو إبطال أصل المزارعه فكيف بخصوصياتها، لأن البطن السابق تصرف فى الزائد من حقه.

{نعم لا يجوز له} عند المصنف وجماعه من الساكتين عليه {تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه} لأنها أرضه، فلا يجوز التصرف فيها إلا بإذن المالك، وحيث لم يأذن عند عقد المزارعه فى التسليم إلى الغير احتاج التسليم إلى الإذن.

لكن غير واحد من المعلقين قالوا بجواز ذلك حتى مع منعه، لا لما ذكره المستمسك من أن مقتضى جواز أخذ الأجير جواز تسليم الأرض إليه، إذ يمكن منع التلازم لإمكان أن يكون الملك لإنسان مع أن شأناً من شؤونه تابع لإجازه الغير، كما إذا باعه الدار بشرط أن يكون للبائع حق إجاره أو منع إيجارها من شخص خاص مثلًا، بل لما تقدم من إطلاق الإذن العقدى، فلا حق للمالك بعد إطلاق إذنه العقدى فى التدخل فى شؤونه، وكذا الحال فى باب الإجاره والمضاربه والمساقاه، لوحده الدليل فى الكل.

{و} كيف كان، فعند المصنف ومن يرى رأيه {إلا} يستأذن فى التسليم {كان ضامناً} بالإضافه إلى كونه حراماً، لأنه تصرف فى ملك الغير بدون دليل شرعى أو رضى ذلك الغير، يوجب الحكمين التكليفى والوضعى.

ص:۴۶

كما هو كذلك فى الإجاره أيضاً، والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه، بعوض ولو من خارج، أو بلا عوض، كما يجوز نقل حصته إلى الغير سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو

{كما هو كذلك فى الإجاره أيضاً} دليلًا للطرفين، والضمان على القول بعدم الجواز.

{والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك} إذا كان إطلاق المزارعه حتى من هذا الحيث، فيكون حاله كما إذا نقل المالك الأرض بمزارعتها إلى الغير فصار المالك الثانى طرفاً لمزارعه الزارع، أو كما إذا مات أحدهما حيث يقوم وارثه مقامه، فإنه يوجب نقل المزارعه من المورّث إلى الوارث، سواء كان النقل {بصلح ونحوه} كشرط فى ضمن عقد، {بعوض ولو من خارج أو بلا عوض} كالهبه مما يمكن فسخها، أو لا كالهبه لذى الرحم.

نعم إذا لم يكن إطلاق فى المزارعه يشمل مثل ذلك لم يصح، لأن كون طرف الإنسان فى عقده شخص آخر من غير إرادته خلاف سلطه المالك على ماله، وهذا الدليل وإن يقتضى بطلان المزارعه عند موت أحدهما، إلّا أن الدليل هناك دل على الصحه.

ومنه يعلم أن قول السيد البروجردى: (بل الظاهر عدم جوازه) إطلاقه غير ظاهر الوجه.

وفيما لو أخذ المزارع شريكاً أو مزارعاً يكون طرف المالك هو المزارع الأول لا الثانى.

{كما يجوز نقل حصته إلى الغير، سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل، أو

بعـده، كل ذلك لأن عقـد المزارعه من العقود اللازمه الموجبه لنقل منفعه الأرض نصـفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعده السلطنه، ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالک شرط عليه مباشره العمل بنفسه أو لا

بعده} لأنه ماله وحقه يفعل فيه ما يشاء من دون حق للمالک فيه {كل ذلک} المشاركه والمزارعه مع الغير وجواز نقل المزارعه والحصه إلى الغير {لأن عقد المزارعه من العقود اللازمه الموجبه لنقل منفعه الأرض} من المالک {نصـفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، و} حيث إنها نقلت إليه {قد نقلها إلى الغير بمقتضى قاعده السلطنه}.

لكن لا ـ يخفى أن هـذا الـدليل غير كـاف، إذ هو يثبت حقه فى إعطـائه مـاله إلى غيره، مثـل النصف والثلث، لكن المحتـاج إلى الإثبات حقه فى إجازته التصرف فى ملک المالک وحصه المالک مثل الشريک الذى له حق إعطاء التصرف فى مال نفسه ــ إذ كان له هذا الحق ــ لا فى مال شـريكه، ولذا قال المصـنف: نصـفاً أو ثلثاً، بل اسـتدلال المصـنف لا يكفى حتى بالنسـبه إلى مال الزارع، إذ الشركه تمنع عن تصرف كل شريک فى مال نفسه إلّا بإجازه الشريک، والمزارعه تقتضى نوعاً من الشركه.

{ولا فرق فى ما ذكرنا بين أن يكون المالک شرط عليه مباشره العمل بنفسه أو لا} أما بالنسبه إلى نقل حصته إلى الغير فلا فرق.

وأمـا بالنسـبه إلى المشـاركه والمزارعه فمراده مـا ذكره من جواز الكل، لكن لا يجوز التسـليم إلّا بالإذن، وقـد أشار بعـدم الفرق المذكور ...

إذ لا منافاه بين صحه المذكورات وبين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم فى صحه المزارعه مباشره العمل فيصح أن يشارك

إلى فتوى الشرائع والقواعد والمسالك، حيث فصلوا بين صوره اشتراط المباشره على الزارع فلا يجوز له نقل حصته أو مزارعه غيره، وبين صوره عدم اشتراط المباشره عليه فيجوز ذلك.

ولا يخفى أن إشكالهم فى نقل الحصه غير ظاهر الوجه.

وإنما لا فرق {إذ لا منافاه بين صحه المذكورات وبين مباشرته للعمل} بنفسه، أو تحصيل إجازه المالك لتسليمها إلى المشارك والمزارع، وقد أخذ هذا الجواب من الجواهر، ويرد عليه ما ذكره المستمسك من أنه لا يرد بذلك كلام الفاضلين والشهيد الثانى، حيث إن مورد كلامهم فى جواز التشريك للغير أو مزارعته: صوره التشريك فى العمل أيضاً، لا مجرد نقل الحق فقط.

وقد تحصل مما ذكرناه أن نقل حصته لا بأس به، والمشاركه والمزارعه فى نفسها لا بأس بها، ثم بعد ذلك إما أن ينوب بنفسه عن الطرف الجديد فى العمل فيعمل هو، وإما أن يسلمها إليه بإجازه المالك، فإن لم يجز المالك بطل العقد، لعدم تمكنه من العمل بمقتضاه، من غير فرق فى ما ذكرناه بين كون عقد المزارعه الأول ضيقاً من أوله فى عمل نفس الزارع، أو شرط المالك عليه المباشره بنفسه.

أما إذا كان مطلقاً ولو ارتكازاً، فلا مانع من العقد الثانى، ولا حاجه إلى الاستجازه فى تسليم الأرض إلى العامل الجديد.

{إذ لا يلزم فى المزارعه مباشره العمل} من الزارع {فيصح أن يشارك

ص:۴۹

أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير.

أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير} أو يعطى المالك إجازه لشخص آخر، ويوكله المزارع الثانى.

وهل يصح أن يوكل المزارع الثانى نفس مالك الأرض، الظاهر أنه لا بأس به، لأن الحق لما انتقل من المالك إلى المزارع كان له أن يستأجر أو يشارك أو يزارع أى إنسان.

نعم لا يصح أن ينقل الزارع المزارعه إلى المالك، لأن معنى ذلك أن يكون المالك بنفسه مزارعاً، وذلك ما لا يصح.

ص:٥٠

مسأله ۱۴ لو تبین بطلان عقد المزارعه

(مسأله ۱۴): إذا تبین بطلان العقد، فإما أن یکون قبل الشروع فی العمل أو بعده، وقبل الزرع بمعنی نثر الحب فی الأرض أو بعده، وقبل حصول الحاصل أو بعده، فإن کان قبل الشروع فلا بحث ولا إشکال

(مسأله ۱۴): {إذا تبین بطلان العقد} تعبیره بالتبین یراد به الأعم من علمهما البطلان من الأول، لیشمل ما سیأتی من بعض الفروع.

{فإما أن یکون قبل الشروع فی العمل أو بعده، وقبل الزرع} والمراد بقبل الزرع {بمعنی نثر الحب فی الأرض أو بعده} بأن نثر.

{فإن کان قبل الشروع} بأن عقد وقبل أی عمل ظهر بطلان العقد، {فلا بحث ولا إشکال} فی أن أی منهما لا یطلب من الآخر شیئاً، لأن المالک لم یسلم أرضه، والعامل لم یشرع فی العمل، لکن ینبغی أن یقال: إنه إذا کان أحدهما غر الآخر بما فوت منافعه، کان مقتضی قاعده الغرور الرجوع علیه بما تضرر بسببه، مثلاً وقت اتخاذ العمال هذا الأسبوع، وبعده لا یتخذ العمال، وکان المالک یعلم بطلان المزارعه مما یسبب بقاء العامل فارغاً طول السنه، أو کان العامل یعلم ذلک حیث تبقی أرض المالک بائره طول السنه، ومع ذلک فقد أقدم علی العقد، فإن النبوی المشهور فی کتب الفتاوی: «المغرور یرجع إلی من غره» والعله فی روایات النکاح فی باب التدلیس من قوله (علیه السلام): «کما غر الرجل وخدعه»((۱)) یشملان المقام عرفاً.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۶۰۲ الباب۷ من أبواب العیوب والتدلیس ح۱

وإن كـان بعـده وقبل الزرع بمعنى الإتيان بالمقـدمات من حفر النهر وكرى الأرض وشـراء الآلات ونحو ذلك فكـذلك، نعم لو حصل وصف فى الأرض يقابل بالعوض من جهه كريها أو حفر النهر لها أو إزاله الموانع عنها كان للعامل قيمه ذلك الوصف

أما فى صوره جهل الخادع، فلعله منصرف عمن غره وعمن خدعه، ومع ذلك المسأله بحاجه إلى مزيد من التأمل والتتبع.

{وإن كان بعـده وقبل الزرع بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر وكرى الأرض وشـراء الآلات ونحو ذلك} كإبرام العقد مع العمال وشـراء البذر {فكذلك} لا بحث ولا إشكال، إذا كان المراد بالمزارعه فى وقت العقد صرف الزرع لا ما يشمل مقدماته، وإلّا كانت هذه الأمور بمنزله الزرع، ويأتى هنا الكلام المتقدم فى مورد الغرور إذا تضـرر بهذه المقدمات، فإن المشترى بقيمه لا يبـاع إلّا بأقل من تلك القيمه، هـذا بالإضافه إلى أنه لو كان العمل بأمر المالك ولو بعنوان المطالبه لحقه بظنه صـحه العقـد كان للعامل على المالك الأجره، لأن المالك قد استوفى عمله فعليه إعطاؤه أجره.

{نعم لو حصـل وصف فى الأـرض} من عمـل العامل {يقابل بالعوض من جهه كريها أو حفر النهر لها أو إزاله الموانع عنها كان للعامل قيمه ذلك الوصف} لأنه من سعيه وللإنسان سعيه.

قال سبحانه:(وَأنْ لَيسَ لِلْإِنْسانِ إلاّ مَا سَعَى)((۱))، ولأنه حقه، وقد قال (عليه السلام)

۱- سوره النجم: الآيه ۳۹

وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شىء له، كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها، وإن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر

«لا يتوى حق امرئ مسلم»((۱)).

نعم، ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو كان البطلان من جهه جعل تمام الحاصل للمالك أو للزارع، حيث فى الأول أهدر الزارع ماله، وفى الثانى أهدر المالك ماله، فلا شىء لأحدهما على الآخر إذا كان الهدر مطلقاً لا مقيداً بالمزارعه، وإلّا كان لكل منهما ما قدمه من الخدمه للآخر، حيث إن الآخر هو الذى أمره بذلك.

{وإن لم يكن كذلك} بأن لم يحصل وصف يقابل بالعوض {وكان العمل لغواً فلا شىء له} إلّا إذا كان بأمر المالك، حيث قد تقدم أن عليه إعطاء بدله.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا حصل نقص فى الأرض بسبب العمل، حيث لا شىء على الزارع، لأنه حصل النقص بسبب المالك وأمره، فقد أهدر حقه بأمره الزارع بالعمل.

{كما أن الآلات} والبذور المشتراه ونحوهما {لمن أعطى ثمنها} مع أن للزارع أخذ التفاوت إذا كان تفاوت من المالك الآمر له بذلك كما تقدم، لأن أمره سبب ضرره.

{وإن كان بعد الزرع كان الزرع} لكليهما بالنسبه العادله، كما تقدم غير مره من أنه ناتج الأرض والعمل مع ملاحظه أن قدر البذر لمن له البذر، فالقول بأنه {لصاحب البذر} كما فى الرياض والجواهر، وتبعهما المصنف و

ص:۵۳

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

فـإن كـان للمالـك كـان الزرع له، وعليه للعامـل أجره عمله وعوامله، وإن كـان للعامل كان له وعليه أجره الأرض للمالك، وإن كان منهما كان لهما على النسبه نصفاً أو ثلثاً

المعلقون الساكتون عليه غير ظاهر الوجه.

وقول المسـتمسک لأنه نماء ملكه فيتبعه فى إضافه المالك، محل نظر، إذ ليس نماء البـذر فقط لا عرفاً ولا شـرعاً، لأن الشارع لم يقـل ذلك، وتشبيهه بالفرخ حيث إنه لصاحب البيضه غير تام، إذ الفرخ نفس البيضه، وليس الزرع نفس الحبه، فقوله: {فإن كان للمالـك كـان الزرع له وعليه للزارع أجره عمله وعوامله} محـل منع، هـذا بالإضافه إلى أن إطلاق الأجره غير تام، فإنه إذا هتك عمله ولم تكن زياده لم يكن له حق فى الأجره فى صوره عـدم الزياده إلا إذا كان الهتك مقيـداً بصوره العقـد، وكـذا إذا كانت الزياده بقدر نصيب الزارع منها أقل من الأجره حسب قرار العقد، بأن لم يحصل على قدر الأجره إذا كان العقد صحيحاً.

{وإن كان للعامل كان} الزرع {له} حسب رأيهم، وقد عرفت ما فيه، بل اللازم التقسيم بالنسبه كما عرفت.

{وعليه أجره الأرض للمالك} قالوا لاستيفاء منفعتها بالزرع، فيضمنها ضروره، كما فى المستمسک.

وكيف كـان، فإن قلنا بمقالتهم كان اللازم القول بأن الأجره على الزارع بالنسـبه إلى ما مضـى، وأما بالنسـبه إلى ما بقى فموقوف على رضا المالك.

{وإن كان منهما كان لهما على النسـبه} لبـذريهما {نصـفاً أو ثلثاً} أو ما أشـبه، لكن على ما ذكرناه ليس قدر البذر وحده موجباً للتقسيم، بل يلاحظ مع ذلك

ولكـل منهمـا على الآـخر أجره مثـل ما يخصه من تلك النسـبه وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجره الأرض وللعامل أجره عمله

قدر مدخليه الأرض أيضاً، ويمكن معرفه ذلك بالأربعه المتناسبه، فيقال: إذا كان كل البذر للمالك مع الأرض، وكل العمل من العامـل، كـان للعامـل الثلث مثلاًـ فـإذا كان كل الأرض ونصف البـذر للمالك، فكم للعامل من الحاصل، وكـذلك فى عكسه، فيقـال: إذا كـان كل البـذر وكل العمل من العامل كان للمالك ثلث الحاصل مثلًا، فإذا كان نصف البـذر وكل العمل من العامل فكم للمالك من الحاصل، وأصل كل حق يجب أن يعرف من العرف، وعليهما يقاس صور التفاوت.

{ولكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من تلك النسـبه} لأن العامل عمل بما رجع نفعه إلى المالك، فعلى المالك إعطاء أجره عمله، ولأـن الأـرض للمالـك، وقـد اسـتفاد منهـا العامل بما رجع حاصـلها إلى العامل، فعلى العامل إعطاء أجره أرضه التى استفاد منها على مبناهم، أما على مبنانا فالتقسيم بالحصص

{وإن كان} البـذر {من ثالث فالزرع} لهم جميعاً، لأنه حاصل الأرض والعمل والبـذر، فاللازم أن يقسم بينهم، {له} بقـدر بذره وللمالك بقدر أرضه وللعامل بقدر عمله.

{وعليه للمالـك أجره الأـرض} بقـدر مـا اسـتفاد من أرضه، سواء كـانت الأرض تحت يـد المالك، أو يـد العامل، أو تحت يد صاحب الأرض، لأن ذلك لا يفرق فى قدر الضمان.

{وللعامل أجره عمله وعوامله} بقدر ما استفاد من عمله، لأن العمل ملك

وعوامله، ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبين قبله

للعامل فيوجب حقاً له على من استفاد منه.

أقول: قوله (وعليه..) إلخ، إنما هو على مبناهم من أن الحاصل كله لمالك البذر، أما ما استظهرناه فالحاصل يقسم بينهم بدون أن يكون لأحد على أحد أجر إلاّ في بعض الصور.

{ولا يجب على المالك} بعد تبين بطلان المزارعه {إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل} سواء كان البذر للعامل أو الثالث.

قال في المستمسك: لأن الزرع بعد أن لم يكن بأذن المالك وإنما كان جرياً على العقد الفاسد يكون بحكم غرس الغاصب الذي ليس لعرقه حق لأن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزله المغصوب.

{إن كان التبين قبله} قبل الحاصل وإلاّ فالزارع بنفسه يقلع الحاصل، هذا ولكن ربما يقال: إن الجمع بين الحقين إبقاء الزرع مع أخذ المالك الحصه بقدر حقه من الحاصل كما ذكرنا، أو الأجره بقدر حق الزرع على ما ذكروا، كما ذكروا في أكل المخمصه، وذلك لقاعده «لا ضرر»((1)) و«لا يتوى»((2)) ونحوهما.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام) في باب نوادر المزارعه من المستدرك: «ولا يقلع الزرع»((3)) فراجع.

۱- الكافي: ج۵ ص۲۹۲ ح۸
۲- المستدرك: ج۳ ص۲۱۵ من أبواب نوادر الشهادات ح۵
۳- المستدرك: ج۲ ص۵۰۴ من أبواب نوادر المزارعه ح۱

بل له أن يأمر بقلعه، وله أن يبقى بالأجره إذا رضـى صاحبه، وإلّا فليس له إلزامه بـدفع الأجره، هذا كله مع الجهل بالبطلان، وأما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله

{بل له أن يأمر بقلعه وله أن يبقى بالأجره إذا رضـى صاحبه، وإلّا فليس له إلزامه بدفع الأجره} لقاعده تسلط الناس على أموالهم كما تقدم، ولو نقص الأرض بالقلع فهل على الزارع لأنه السبب، أو لا، لأن المالك أمره بالقلع، احتمالان:

الأول: لكونه كالغاصب، حيث إن يده ليست أمانيه، وقد أتلف مال الغير فهو ضامن.

والثاني: لأصاله عـدم الضـمان، بعد عدم كونه عامداً فى الزرع فى ملك الغير، بل كان محسـناً، لأنه وفى بما ظنه عقداً، و)مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبيلٍ)((۱)).

وحيث عرفت أن مقتضى القاعده عدم القلع وتقسيم الحاصل لم يكن مجال لمثل هذا الفرع، فتأمل.

{هـذا كله مع الجهـل} منهمـا {بالبطلان، وأمـا مع العلم} مثلاًـ علما بأن المزارعه باطله {فليس للعالم منهما} بالبطلان {الرجوع على الآـخر بعوض أرضه أو عمله}، مثلاًـ زارعَ زارعٌ كبير صـاحبَ أرض ولما يبلغ صاحب الأرض البلوغ الشـرعى، وكان البـذر للطفل، فلما عرف الولى طرده، فإنه ليس له أن يأخذ من صاحب

۱- سوره التوبه: الآيه ۹۱

لأنه هو الهاتک لحرمه ماله أو عمله، فکأنه متبرع به، وإن کان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان

الأرض أجره عمله، وکذا العکس فيما کان الزارع طفلاً، فإنه ليس لمالک الأرض أن يأخذ أجره أرضه.

{لأنه} العالم منهما بالبطلان {هو الهاتک لحرمه ماله أو عمله}، وما فی المستمسک من الإشکال فی عدم العوض بأنه لما کان العمل بقصد الجری علی مقتضی المعامله والمعاوضه لا يکون تبرعاً، ولا هو هاتک لحرمه عمله أو ماله.

يرد عليه أولاً ـ إن القصد مع کون الواقع هتکاً لا ـ ينفع، فهو مثل أن يحمل إنسان تراب دار غيره بقصد أن يأخذ منه أجراً، وصاحب الدار يصرح بأن لا يفعل، فهل قصده ينفع فی استحقاقه الأجره، والسر أن الأعمال غير القصديه لا يؤثر فيها القصد.

وثانياً: کيف يمکن قصد الجری فی المثال الذی ذکرناه من کون الطرف طفلاً، فإن حاله حال ما إذا کان سفيهاً محجوراً عليه، أو کان الطرف غاصباً، فهل يمکن للزارع أو المالک الذی هو فی طرف غير صحيح المعامله أن يکون قاصداً حقيقه للجری علی المعامله، وهل يقول المستمسک بذلک فی الذی عقد المزارعه مع الغاصب، وکيف کان فإطلاق کلا الطرفين محل نظر.

{فکأنه متبرع به، وإن کان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان} إذ علم الآخر وجهله

ولو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها فى يده بلا زرع، فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعامله، لفوات منفعتها تحت يده، إلاّ فى صوره علم المالك بالبطلان لما مر.

لا يؤثر بالنسبه إلى حكم العالم بالبطلان، هذا كله على مبناهم، وقد عرفت أن الحاصل على ما رجحناه يكون بينهما.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى كلام السيدين البروجردى وابن العم، حيث قال الأول: (العلم بالبطلان شرعاً غير مستلزم لذلك)، وقال الثانى: (بل له الرجوع).

{ولو كان العالم بعد ما تسلم الأرض تركها فى يده بلا زرع، فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعامله لفوات منفعتها تحت يده} سواء كان عالماً بالبطلان أو جاهلاً، إذ يشمله دليل «لا يتوى»((١))، و«على اليد»((٢))، و«قيمه بغل يوم خالف»((٣)) بالمناط، لكن ينبغى أن يستثنى من ذلك فيما كان العامل غير صحيح المعامله، لعدم بلوغ أو سفه أو أشبه، حيث لا ضمان عليهم، ولو جهل المالك.

{إلا فى صوره علم المالك بالبطلان لما مر} من أنه هتك حرمه ماله، فيكون كمن ألقى متاعه فى الشارع، حيث لا يضمن الماره عليه، إلى غير ذلك من صور الهتك.

ص:٥٩

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥

٢- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب١ من أبواب الوديعه ح١٢

٣- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب١ من أبواب الوديعه ح١٢

مسأله ۱۵ مقتضی وضع المزارعه

(مسأله ۱۵): الظاهر من مقتضی وضع المزارعه ملکیه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له، وملکیه المالک للعمل علی العامل بمقدار حصته، واشتراک البذر بینهما علی النسبه، سواء کان منهما أو من أحدهما أو من ثالث

(مسأله ۱۵): {الظاهر} مما یستفاد من العرف الذین هم الأصل فی هذا العمل الذی أمضاه الشارع، أی {من مقتضی وضع المزارعه} عند العقلاء: عدم {ملکیه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له} کما یراه المصنف، بل استحقاق کل منهما علی الآخر بذل ما جعله علیه، بأن یبذل المالک الأرض والعامل العمل، أما البذر والعوامل، فهما کما قررا علی ما تقدم، وقد تقدم إمکان جعل بذل الأرض والعمل علی کلیهما، فلا تملیک فی البین وإنما تعهد والتزام، وهذا هو الذی استظهره غالب المعلقین الذین ظفرت بکلماتهم.

قال السید البروجردی: (مقتضی المزارعه استحقاق کل منهما علی الآخر بذل ما جعل علیه من حوائج الزراعه، وإن لم یکن مالکاً لعینه ولا منفعته).

نعم سکت علی المتن السیدان ابن العم والجمال.

{و} علیه فلا وجه لـ {ملکیه المالک للعمل علی العامل بمقدار حصته} أما قوله: {واشتراک البذر بینهما علی النسبه، سواء کان منهما أو من أحدهما أومن ثالث} فکأن وجهه أن الاشتراک فی الحاصل یقتضی ذلک، حیث إن الأصل عدم حصول الاشتراک فجأه بعد الحاصل، لأنه یقتضی انقلاب الملک بدون دلیل،

فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبه، لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات

بينما أن الانقلاب بسبب العقد لا مانع منه من جهه أن العقد سبب الانقلاب، لكن فيه ما ذكره المستمسك: (إنه غريب لا مأخذ له، ومجرد الاشتراك فى الحاصل لا يقتضى الاشتراك فى مقدماته) انتهى.

أما الوجه المذكور ففيه: إن بعض الحاصل إنما يصبح ملكاً لمن لم يكن له بذر للالتزام، فالانقلاب قبل الحاصل خلاف الأصل، أما على ما استظهرناه فالحاصل نتيجه العمل والأرض والبذر فهو بينهما على الأصل، فإن جعلوه كما يقتضيه العرف من النسبه طابق الالتزام العرف، وإلاّ كان الالتزام صارفاً لبعض حصه أحدهما إلى الآخر.

وكيف كان، {فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبه} لأن الزرع هو الحاصل وهو لهما، إما بالأصل أو بالالتزام، وهذا هو الذى صرح به المسالك فلا يكون الاشتراك قبله ولا متأخراً عنه.

وعليه فقول المصنف: {لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين} ممنوع.

أما قول ابن العم: (الظاهر أنه تابع للتعارف، وأنه يختلف بحسب الأزمنه والأمكنه)، فيرد عليه أن الكلام فى مقتضى القاعده حتى يكون ما عداه استثناءً، وعدم أصل فى المقام إطلاقاً خلاف العرف كما عرفت، وكيف كان فما ذكرناه هو مقتضى الأصل.

{كما ربما يستفاد من بعض الكلمات} حيث عرّفوا المزارعه بأنها المعامله

أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه، فيصير مشتركاً فى ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر، نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد

على الأرض بحصه من حاصلها، فإن الحاصل فى كلماتهم ظاهر فى وقت الظهور فما بعد، ولذا ذكروا اشتراكهما لو قطع قصيلاً، وربما احتمل شمول الحاصل لما قبل الظهور أيضاً، ولا بعد فى ذلك على ما رجحناه، حيث إن الفراخ ولو كان فى باطن الأرض حاصل من العمل والأرض والبذر، فلا وجه لاختصاص مالك البذر به، اللهم إلّا إذا التزما بأن الاشتراك بعد الخروج من الأرض فيكون استثناءً.

{أو كونه لصاحب البذر} وإن خرج وظهر {إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه، فيصير مشتركاً فى ذلك الوقت} وقت البلوغ {كما يستفاد من بعض آخر} من الكلمات، وكأنه لأصاله عدم الانتقال إلا وقت العلم بالانتقال قطعاً، وفيها ما عرفت.

{نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين} بل كل وجه ممكن، كاشتراك البذر واشتراك النماء، داخل الأرض أو خارجها، أو بعد مده قبل البلوغ أو بعد البلوغ، فما طابق الأصل يكون تأكيداً، وما خالف يكون حسب مصب العقد أو القيد أو الشرط.

{مع التصريح والاشتراط} بالشرط المخالف {من حين العقد} أو جعله شرطاً فى ضمن عقد لازم آخر.

ويترتب على هـذه الوجوه ثمرات، منها: كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسبه على الأول دون الأخيرين فإنه لصاحب البذر، ومنهـا: فى مسـأله الزكـاه، ومنها: فى مسأله الانفساخ أو الفسـخ فى الأثناء قبل ظهور الحاصل، ومنها: فى مسأله مشاركه الزارع مع غيره ومزارعته معه

ومنه يعلم أن قول المسـتمسك: (لكن الشـرط المـذكور إذا كـان منافياً للمزارعه لا يكون العقـد مزارعه، وإن كان صـحيحاً) غير ظاهر الوجه.

{ويترتب على هذه الوجوه ثمرات، منها: كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسـبه} بالحصص {على الأول} لأن الاشتراك فى البذر يقتضى الاشتراك فى كل حاصلاته.

{دون الأخيرين} حيث إنه ليس من الحاصل حتى يكون مشتركاً بينهما، إذا لم يكن البـذر مشتركاً، لكن الظاهر عنـد العرف أن التبن من الحاصل ومشترك بينهما حتى على الأخيرين، وكذا كل فوائد الزرع التى تعارف الاستفاده منها.

فقوله: {فإنه لصاحب البذر} محل نظر، وإن سكت على المتن غالب المعلقين.

{ومنها: فى مسأله الزكاه} كما يأتى فى المسأله الحاديه والعشرين.

{ومنهـا: فى مسـأله الانفسـاخ أو الفسـخ فى الأثنـاء قبل ظهور الحاصل} فإن ما فى الأرض من البـذر يكون لهما على الأول دون الأخيرين، وسيأتى الكلام فى ذلك فى المسأله السابعه عشره.

{ومنها: فى مسأله مشاركه الزارع مع غيره ومزارعته معه} كما تقدم الكلام

ومنها فى مسأله ترک الزرع إلى أن انقضت المده إلى غير ذلک.

فيه فى المسأله الثالثه عشره، فإن البذر على الأول للزارع مطلقاً، فتصح مشاركته ومزارعته مع غيره، بخلافه على الأخيرين، فإن الزارع لا يملک البذر ولا شىء آخر ـ إذا كان البذر من المالک ـ قبل ظهور الحاصل فلا يقدر على المزارعه والمشاركه مع غيره.

والحاصل: إنه على الأول يتمكن منهما قبل الظهور، بخلافه على الأخيرين، حيث إن الحاصل لم يظهر حتى يكون له شىء بسببه يتمكن من المشاركه والمزارعه.

هذا، ولكن هذه الثمره غير تامه، إذ حيث إن المزارعه ليست على البذر والحاصل، بل على طرفين هما الأرض والعمل، والزارع طرف يتمكن أن يشارک غيره فيما هو طرف فيه، أو يفوض ما هو طرف فيه إلى غيره، وعليه فمزارعته ومشاركته جائزه مطلقاً.

{ومنها: فى مسأله ترک الزرع إلى أن انقضت المده} فإنه على الأول يشترک الزارع مع المالک فى البذر، فيما كان البذر من المالک، وعلى الأخيرين يختص المالک بالبذر، لأنه لم يظهر حاصل ولم يبلغ حتى يكون لهما.

{إلى غير ذلک} مثل أن الزارع له أن يهب أو يبيع حصته من البذر لغيره على الأول، بخلاف الأخيرين، ومثل أن الزارع إذا مات ورثه الورثه فى البذر على الأول دون الأخيرين، ومثل أنه إذا جاء السيل وذهب بالبذر ذهب من كيسهما على الأول دون الأخيرين، وهكذا.

مسأله ۱۶ لو حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء

(مسأله ۱۶): إذا حصـل مـا يوجب الانفسـاخ فى الأثنـاء قبل ظهور الثمر أو بلوغه، كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصـيله أو اسـتولى عليه ولم يمكن قطعه أو حصـل مـانع آخر عام، فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان من الأول على ما مر، لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحه كانت ظاهريه

(مسأله ۱۶): {إذا حصـل مـا يوجب الانفساخ فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه، كما إذا} لم يتمكن الزارع من الزرع بنفسه مع كون العقـد منصـباً إلى زرعه بنفسه، أو أخذ ذلك قيداً، لا شـرطاً، أو {انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصـيله، أو اسـتولى عليه ولم يمكن قطعه} والمراد بالإمكان العرفى، وإلاّ فلو أمكن بقيمه باهضه لا يقـدم عليها العقلاء، لعـدم فائـده للمزارعه حينئذ، لا يكون ذلك إمكاناً.

{أو مانع آخر عام} من الله سبحانه، أو خاص كما مثلنا {فالظاهر} عند المصنف وجمله من المعلقين {لحوق حكم تبين البطلان من الأول على ما مر} فى أول الكتاب من أنه إذا لم تكن الأرض قابله للزرع لا تنعقـد المزارعه فى مثلها {لأنه يكشف عن عـدم قابليتها للزرع} من الأول، فإذا تبين فقد القيد تبين فقد المقيد.

{فالصحه كانت ظاهريه}، وفى المسأله قولان آخران:

الأول: ما ذكره من قوله: ويحتمل بعيداً، وذلك مختار ابن العم وغيره، قال: بل لا يخلو من قوه.

والثانى: التفصيل بين حصول حاصل فالانفساخ من حينه، وبين عدم

فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر، ويحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه، فيلحقه حكم الفسخ فى الأثناء على ما يأتى، فيكون مشتركاً بينهما على النسبه.

حصوله فيظهر عدم الصحه من الأول، والظاهر أنه إذا كان حاصل كان من حين الانفساخ لأنه لهما على ما ذكرناه من كونه حاصل العمل والأرض، ولا ـ وجه لكونه كاشفاً من البطلان من الأصل، وإذا لم يكن حاصل فالظاهر أن الأمر كذلك، إنه من حين الانفساخ لا ـ من الأصل، إذ بناء العقلاء فى المعاملات عدم الكشف فى مثل ذلك مما كان فقد الشرط أو ظهور المانع اتفاقياً.

وكيف كان {فيكون الزرع الموجود} لهما على كل حال، لأنه ثمره الأرض والعمل كما تقدم، لا {لصاحب البذر} كما هو مختارهم.

ومما تقدم يعلم وجه قوله: {ويحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه، فيلحقه حكم الفسخ فى الأثناء على ما يأتى} لا كما ذكره المستمسك بقوله: (مبنى هذا الاحتمال أن يكون اعتقاد القابليه للزرع شرطاً لصحه المزارعه، لا وجود القابليه واقعاً).

إذ فيه: إن العقلاء يقدمون وإن اعتقدوا بما يقع، ولذا لا يقال: ببطلان عقد النكاح إذا علم الزوج مثلًا أن المرأه تموت بعد العقد بالقتل مثلًا، إذ ليست فائده العقد الحاصل المباشره فقط.

وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل.

{فيكون مشتركاً بينهما على النسبه} وقد تقدم وجهه.

ص:۶۶

مسأله ۱۷ لو حصل الفسخ فی الأثناء

(مسأله ۱۷): إذا کـان العقـد واجـداً لجمیع الشـرائط، وحصل الفسـخ فی الأثناء إما بالتقایل أو بخیار الشـرط لأحـدهما، أو بخیار الاشتراط بسـبب تخلف ما شـرط علی أحـدهما، فعلی ما ذکرنا من مقتضـی وضع المزارعه من الوجوه المتقـدمه فالزرع الموجود مشترک بینهما علی النسبه ولیس

(مسأله ۱۷): {إذا کان العقـد واجداً لجمیع الشـرائط، وحصل الفسخ فی الأثناء إما بالتقایل} حیث إنه مبطل عقلاً وشـرعاً فی کل العقود، إلّا ما جعل الشارع له حلًا خاصاً کالنکاح، حیث إن أسباب الفرقه خاصه.

{أو بخیار الشـرط لأحدهما} أو لکلیهما، ولم یذکره لأنه لا حاجه إلی خیار شـرط الثانی، کما أن خیار الشـرط الثالث حاله حال خیار أحدهما کما هو واضح.

{أو بخیار الاشتراط بسبب تخلف ما شـرط علی أحـدهما} حیث إن تخلف الشـرط یعطی للشارط خیار الفسـخ، وکـذا إذا أخذ بالخیار لأجل الغبن أو العیب أو ما أشبه.

{فعلی مـا ذکرنـا} فی المسـأله الخـامسه عشـره {من مقتضـی وضع المزارعه} من ملکیه العامـل لمنفعه الأرض بمقـدار الحصـه المقرره له، وملکیه المالـک للعمـل علی العامـل بمقـدار حصـته {من الوجـوه المتقـدمه} فی تلـک المسـأله، {فـالزرع الموجود مشترک بینهما علی النسبه} المقرره فی العقد، {ولیس

لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه، ولا للعامل أجره عمله بالنسبه إلى ما مضى، لأن المفروض صحه المعامله وبقاؤها إلى حين الفسخ

لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه، ولا للعامل} على المالك {أجره عمله بالنسبه إلى ما مضى} وإنما كان كذلك {لأن المفروض صحه المعامله وبقاؤها إلى حين الفسخ}.

أقول: قد سبق فى المسأله التاسعه عنه (رحمه الله) ما يخالف لما فى هنا، ومقتضى القاعده فى المقام أن الفسخ حسب خيار الشرط قد يكون من الأصل، فيجعل المعامله كأن لم تكن، وقد يكون من الحال، كما أنه قد يكون من المستقبل، فإذا عقدا يوم الجمعه بشرط أن يكون للزارع مثلًا حق الفسخ فى يوم الثلاثاء، فقد يقول: يكون له حق الفسخ من يوم الثلاثاء للماضى، فيتعلق الفسخ بيوم الجمعه، وقد يقول: له حق الفسخ يوم الثلاثاء من نفس اليوم، فيتعلق الفسخ بنفس يوم الثلاثاء، وقد يقول: له حق الفسخ يوم الثلاثاء للمستقبل، فيتعلق الفسخ بيوم الأربعاء مثلًا، فإن كان الشرط على الأول صار العقد كأن لم يكن، وإن كان على الثانى والثالث صح العقد بآثاره إلى يوم الثلاثاء فى الثانى، وإلى يوم الأربعاء فى الثالث، وإن جعل الخيار مطلقاً رجع إلى العرف فى فهمه أى الأمرين، الأول أو الثانى منه، فإن العرف يوجب الارتكاز الموجب لانصباب العقد عليه، والعقود تتبع القصود.

ثم إن أبطل بالأخذ بالخيار من الأول، كان الحاصل بينهما حسب التقدير

وأمـا بالنسبـه إلى الآـتى فلهما التراضـى على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، ولهما التراضـى على القطع قصـيلًا، وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضا المالك ولو بدفع أجره الأرض

العرفى، لأنه نتاج الأرض والعمل، لا حسب المقرر فى العقد، وقد تقدم فى بعض المسائل توضيح ذلك.

{وأما بالنسبه إلى الآتى فلهما التراضى على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها} لأن الأمر بينهما ولا محذور فى التراضى كذلك.

{ولهما التراضـى على القطع قصـيلًا} كما لهما الإبقاء إلى مـده قبل حين البلوغ {وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ} أو مده أخرى {بدون رضى المالك} لأنه خلاف سلطنه المالك على أرضه، كما ليس للمالك الإبقاء بدون رضى الزارع.

{ولو بدفع أجره الأرض} فى الأول، وأجره الزارع فى الثانى.

هـذا، ولكن قد تقدم أنه إذا كان ضـرر على الزارع بقطع زرعه كان دليل «لا ضـرر» معارضاً لدليل السـلطنه، فاللازم الجمع بينهما بالإبقاء مع الأجره، وكذلك العكس إذا كان القلع ضـرراً على المالك وأراد الزارع ذلك، تعارض دليل لا ضـرر المالك ودليل سلطنه الزارع على نفسه بعدم العمل، فاللازم الجمع بينهما بالإبقاء مع الأجره، كما أن الطبيب إذا أجرى عمليه جراحيه وفى وسط الإجراء أراد رفع اليد، أجبر بالأجره على الإتمام، إذا لم يكن طبيب آخر يعمل عمله إذا رفع يده مما سبب عدم الضرر.

ص:٦٩

ولا مطالبه الأرش إذا أمره المالك بالقلع، وللمالك مطالبه القسمه

ولا يخفى أن الكلام على مختارنا فى أن لكل منهما نسبه من الحاصل، فى ما إذا أراد المالك قلع نسبه الزارع، أو أراد الزارع قلع نسبه نفسه.

ومنه يعلم أن قول المصنف محل نظر، ولذا قال المستمسك: (نعم إذا كان فى قلع الزرع ضرر على الزارع ولم يكن ضرر على مالك الأرض فى إبقاء الزرع، كانت قاعده السلطنه المذكوره محكومه بقاعده نفى الضرر، وكان له الإبقاء بدفع الأجره) انتهى.

وعليه فإذا كان كلاهما يتضرران تساقط الضرران وتقدمت قاعده السلطنه، سواء فى المالك أو الزارع.

وعليه فقوله: {ولا مطالبه الأرش إذا أمره المالك بالقلع} غير ظاهر الوجه، وعليه تخير المالك بين إبقائه بأجره أو قلعه بأرش، وكذلك بالنسبه إلى الزارع فى عكسه، فيما إذا كان القلع ضرراً على المالك وأراد الزارع قلعه، فإما أن يبقيه ويعطيه الأجره، أو يقلعه ويعطيه الأرش.

{وللمالك مطالبه القسمه} لقاعده أن للشريك الحق فى المطالبه، كما ذكرناه فى كتابى القضاء والشركه، لأنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم((۱)).

۱- البحار: ج۲ ص۲۷۳

وإبقـاء حصـته فى أرضه إلى حين البلـوغ وأمر الزارع بقطـع حصـته قصـيلًا، هـذا وأمـا على الـوجهين الآـخرين فـالزرع الموجود لصاحب البذر، والظاهر عدم ثبوت شىء عليه من أجره الأرض أو العمل

{وإبقاء حصته فى أرضه إلى حين البلوغ} أو قبله {وأمر الزارع بقطع حصته قصيلًا} أو بعد مده قبل البلوغ.

{هذا} كله على الوجه الأول المتقدم فى المسأله الخامسه عشره.

{وأمـا على الوجهين الآخرين} فى تلك المسأله {فالزرع الموجود لصاحب البـذر} على قاعـدتهم: الزرع للزارع، مما قـد عرفت الإشكال فيه.

{والظـاهر عـدم ثبوت شـىء عليه من أجره الأرض} لأن البـذر إذا كان للعامل فمالك الأرض لم يعط أرضه على وجه الضـمان مطلقـاً، وإنمـا كـان عطـاؤه لأرضه على وجه الضـمان فى صوره وجود الحاصل، لا مع عـدم الحاصل، فقـد هتك المالك احترام أرضه ببـذلها بـدون البـدل إذا لم يكن حاصل، والآن لا حاصل فمن أين يطلب المالك الأجره، {أو} أجره {العمل} فإن البـذر إذا كان لصاحب الأرض لم يعمل الزارع فيه بقصد الأجره مطلقاً وإنما كان قصده تحصيله العوض على تقدير وجود الحاصل، لا مع عدمه، فقد هتك العامل احترام عمله، فلا وجه لطلبه من المالك شيئاً.

أقول: ما اسـتظهره (رحمه الله) غير ظاهر، إذ كما ذكر المسـتمسک البذل فى المقامين لم يكن بقصد التبرع والمجانيه، وإنما كان برجاء الحاصل وانتظاره، فالمالك إنما بذل أرضه والزارع إنما بذل عمله مجاناً إذا فات الحاصل لأمر

لأـن المفروض صـحه المعامله إلى هـذا الحين، وإن لـم يحصل للمالك أو العامل شـىء من الحاصل، فهو كما لو بقى الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهه آفه سماويه أو أرضيه

سماوى ونحوه لا مطلقاً، فكل منهما يريد فائده أرضه وعمله إذا لم يحصل أمر سماوى، فالقول بأنه هتك احترام أرضه وعمله إلّا فى صوره حصول الحاصل غير تام، وأى دليل من شرع أو عقل على أنه إذا حصل الفسخ فقد هتك احترام أرضه أو عمله.

واستدلال المصنف لما ذكره بقوله: {لأن المفروض صحه المعامله إلى هذا الحين، وإن لم يحصل للمالك أو العامل شىء من الحاصل} لا يدل على مدعاه، إذ صحه المعامله لا تلازم عدم الأجره.

{فهو} الفسخ ليس {كما لو بقى الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل، من جهه آفه سماويه أو أرضيه} لأنه فى صوره الآفه قد هتك المالك أرضه والعامل عمله.

أما فى صوره الفسخ فهى على الأصل من أن كل واحد منهما استوفى من الآخر ما له أجر واحترام من منفعه الأرض أو العمل.

ثم إن كـان المسمى مقيـداً بالبقـاء إلى الآـخر كـان لهمـا على الآخر أجره المثل حيث ذهب القيـد، وإلّا كان لكل منهما بعض المسمى بالنسبه، من جهه أنه مثل تعدد المطلوب، كما فى الإجاره إذا حصل فسخ.

لا يقال: حق كل منهما الأجره على الآخر إنما يتم إذا كان حاصل

ويحتمل ثبوت الأجره عليه إذا كان هو الفاسخ.

فذلكه: قد تبين مما ذكرنا فى طى المسائل المذكوره أن هاهنا صوراً:

الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على

فيما لو بقى العقـد ولم يفسخ، أما إذا ظهر أنه لم يكن حاصل ولو بقى العقد فلا وجه للأجره، لأنه إذا لم تكن أجره ولو بقى، لم تكن أجره بطريق أولى إذا لم يبق.

لأنه يقـال: قـد تقـدم أن المالـك والزارع لم يهتكـا أرضه وعمله، إلاّ فى صوره خـاصه وهى صوره البقـاء ولـم يحصـل حاصل، فمقتضى إطلاق حرمه الأرض والعمل الأجر فى غير تلك الصوره.

{ويحتمـل ثبوت الأجره عليه إذا كـان هو الفاسـخ} لأنه ضـيع الحاصل على شـريكه، والشـريك لم يرفع اليـد عن اجره إذا كان الطرف مضـيع الحاصل، وانما كان رافعاً يده عن اجره إذا كان التضـيع بآفه سـماويه، فإطلاق احترام عمل الغير وملكه إذا استوفاه انسـان يحكم بلزوم الاجر، لكن قـد عرفت عـدم الفرق بين فسـخ أيهما من جهه بقاء احترام العمل والمالك مطلقاً إلاّ فى صوره عدم الحاصل لافه سماويه أو أرضيه.

{فذلكه} من تتمه البحث:

{قـد تبين ممـا ذكرنا فى ضـمن المسائل المـذكوره} من جهه ما يتعلق بالصـحه أو البطلان، من حين العقـد أو فى أثنائه، أما من سائر الجهات فقد تبين أمور كثيره ليس المصنف بصدد فذلكتها.

{أن ههنا صوراً، الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على

طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل لآفه سماويه أو أرضيه.

الثانيه: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المده، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا.

الثالثه: تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع، اختياراً أو لعذر خاص به.

الرابعه: تبين البطلان من الأول.

طبقه إلى الآخر حصل الحاصل} كلًا أو بعضاً {أو لم يحصل لآفه سماويه أو أرضيه} فإن هذا تبين من بيان صحه المزارعه، وكذلك تبين حكم ما إذا لم يحصل بسبب إنسان، وكان عليه (رحمه الله) أن يذكره.

{الثانيه: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المده} كما تقدم فى المسأله السابعه {سواء زرع غير ما وقع عليه العقد، أو لم يزرع أصلًا} كما تبين حكم ما إذا ترك الزارع العمل مده ثم زرع، أو لم يسلم المالك الأرض مده ثم سلمها.

{الثالثه} لم يسبق منه (رحمه الله) وإن كان حكمها حكم الصوره الثانيه، فهى بمنزله ترك الزراعه فى الجمله:

{تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع، اختياراً أو لعذر خاص به} لا بآفه سماويه أو أرضيه عامه، ومثله ترك المالك تسليم أرضه بأن استرجعها فى الأثناء.

{الرابعه: تبين البطلان من الأول} وقد تقدم حكمه فى المسأله الرابعه عشره، بأى وجه كان البطلان.

الخامسه: حصول الانفساخ فی الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامه.

السادسه: حصول الفسخ بالتقایل أو بالخیار فی الأثناء، وقد ظهر حکم الجمیع فی طی المسائل المذکوره کما لا یخفی.

{الخامسه: حصول الانفساخ فی الأثناء} کما تقدم فی المسأله السادسه عشره {لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامه}، کما ظهر حکم ما إذا کان عذر خاص سبب الانفساخ، کما إذا سقط العامل عن العمل لأجل سجن أو جنون أو ما أشبه، فیما کان مصب العقد أن یعمل بنفسه، أو کان ذلک علی نحو القید.

{السادسه: حصول الفسخ بالتقایل أو بالخیار فی الأثناء} کما تقدم فی المسأله السابعه عشره، کما ذکرنا نحن حکم ما إذا لم یسلم المالک الأرض من الأول، أو استردها فی الأثناء، وحکم ما إذا کان المصب کون المالک مالکاً لأن العامل لا یستعد أن یعمل فی أرض غیره، أو کان ذلک علی نحو القید، ثم مات المالک فی الأثناء فورثه الوارث، حیث یبطل العقد، سواء کان قبل العمل أو بعده.

{وقد ظهر حکم الجمیع فی طی المسائل المذکوره کما لا یخفی} ما عدا الثالثه، حیث لم یتعرض لها المصنف کما تقدم.

مسأله ۱۸ لو تبین أن الأرض کانت مغصوبه

(مسأله ۱۸): إذ تبین بعد عقد المزارعه أن الأرض کانت مغصوبه، فمالکها مخیر بین الإجازه

(مسأله ۱۸): {إذا تبین بعد عقد المزارعه أن الأرض کانت مغصوبه} فقد لا یکون لها مالک خاص یتمکن من الإجازه، کما إذا کانت وقفاً عاماً لنصب خیام الزوار عند زیارتهم، حیث لا حق للزرع فیها، وهنا یظهر بطلان المزارعه ولا محل للإجازه.

وقد یظهر أن الواقف وقف الأرض لزراعه الحنطه مثلاً، فزارَعَها المتولی لزارعه الشعیر، فإن کان ذلک علی نحو التقیید أو المصب ظهر البطلان، وإن کان علی نحو الشرط فللشارط أن یرفع الید عن شرطه وتبقی المزارعه، وأن لا یرفع الید فیفسخ حسب خیار الشرط، وقد یکون بالإمکان الإجازه والرد.

{فمالکها} المراد به من له ذلک، سواء کان مالکاً أو متولیاً أو من أشبه کالحاکم ووکیله {مخیر بین الإجازه}، وقول السید البروجردی: (الظاهر أن هذا العقد بقیوده غیر صالح للإجازه، خصوصاً بعد المده وبعد ظهور الزرع أیضاً) غیر ظاهر الوجه، إذ المزارعه إما تملیک لمنفعه الأرض بقدر الحصه، وإما تعهد من صاحب الأرض بتسلیمها للزراعه، وکلا الأمرین قابل للإجازه.

نعم إذا تعهد الغاصب من قبل نفسه تسلیم أرض الغیر فلا مورد للإجازه، ولکن قد حقق فی بحث الفضولی ما یظهر منه أنه التعهد من قبل المالک، لکن الفضولی یضع نفسه موضع المالک، کما فی البیع وغیره، وقوله: (خصوصاً بعد المده) لا خصوصیه له، إلاّ أن یکون ناظراً إلی أنه قد انتهی الأمر بعد المده فلا محل للإجازه.

ص:۷۶

فتكون الحصه له، سواء كان بعد المده أو قبلها، فى الأثناء أو قبل الشروع بالزرع، بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازه

وفيه: إنه لم ينته بالنسبه إلى الآثار، فمحل الإجازه باق.

وكيف كان {فـ} إن أجاز {تكون الحصه له}، وإن أجاز بعض المالكين ولم يجز البعض الآخر فى المتعدد، صحت بالنسبه إلى المجيز، وكان للزارع حق الفسخ، لخيار تبعض الصفقه، وقد سبق حكم الفسخ.

{سواء كان بعد المده أو قبلها، فى الأثناء أو قبل الشروع بالزرع} وذلك لإطلاق دليل الإجازه الشامل لكل هذه الصور {بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازه} قال فى المستمسك: (لم يتضح الوجه فى هذا الشرط، فإن القيود والشروط المذكوره فى ضمن العقد لا تمنع من إجازته، لأن الإجازه تتعلق به على ما هو عليه من قيد أو شرط) انتهى.

وفيه: إن مثل ذلك مثل أن يجعل مصب العقد أو قيده كون المالك هذا، كما تقدم من بطلان المضاربه إذا مات المالك الحقيقى فى مورد جعل المصب أو القيد ذلك، وهو فيما نحن فيه أظهر.

نعم، ذكر المصنف للشرط غير ظاهر، حيث إن الشرط قابل لرفع اليد عنه، فلا مورد فيه لعدم إمكان الإجازه، ويمكن للمتن مثال آخر: وهو أن يجعل فى عقد المزارعه البذر مثلاً على عهده الغاصب فإن إجازه صاحب الأرض لا تصحح ذلك.

ص:٧٧

وبين الرد، وحينئذ فإن كان قبل الشروع فى الزرع فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله أجره المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر

فإنه لا ـ يمكن أن يقال: تكون المزارعه ذات أطراف ثلاثه حينئذ، إذ لم تنشأ المزارعه ذات أطراف ثلاثه، بل ذات طرفين، فالأرض من المالك والعمل من الزارع، والبذر إن كان من الغاصب لم يصح لعدم إنشاء المزارعه ذات أطراف ثلاثه، وإن تحول إلى المالك لم يكن له وجه، لأنه لم يكن البذر غصباً حتى يتحول بالإجازه.

{وبين الرد وحينئذ} حين رد {فإن كان قبل الشروع فى الزرع فلا إشكال} فى صحه الرد، ولا أثر.

{وإن كان بعد التمام} فعلى ما اخترناه يقسم الحاصل بين صاحب البذر وصاحب الأرض والزارع إن كانوا ثلاثه، وإلّا بين الاثنين حسب النسبه العرفيه، وإن كانت أجره الأرض أكثر كان لصاحب الأرض التفاوت بين قدر الحاصل وقدر الأجره، لأنه قد توى حقه واستوفى منافع أرضه، فاللازم على المستوفى تداركها، كما سبق.

فقول المصنف: {فله أجره المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر} محل إشكال كما تقدم وجهه.

ثم إن الغاصب قد يستولى على الأرض ويسلمها إلى الزارع، وحينئذ يكون لمالك الأرض أن يرجع إلى أيهما شاء، لتعاقب الأيدى على أرضه، وقد لا يستولى الغاصب بل يجرى العقد فقط، وإنما يستولى الزارع بزعم أنها للغاصب، وحينئذ يكون الزارع هو المرجع للمالك، لأنه لم تجر يد الغاصب على الأرض، فإن

وكذا إذا كان فى الأثناء، ويكون بالنسبه إلى بقيه المده الأمر بيده، فإما يأمر بالإزاله وإما يرضى بأخذ الأجره بشرط رضا صاحب البذر، ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غاره

أخذ منه أكثر مما استفاد رجع إلى الغاصب من باب الغرور، وإذا كان عالماً بالغصب لم يكن له حق الرجوع، لأنه ليس بمغرور.

{وكذا إذا كان فى الأثناء} لعدم الفرق بين بعد التمام والأثناء فى سوق الأدله السابقه.

{ويكون بالنسبه إلى بقيه المده الأمر بيده} بمعنى أنه {فإما يأمر بالإزاله} للزرع {وأما يرضى بأخذ الأجره} لكن رضاه بأخذ الأجره {بشرط رضى صاحب البذر} كما تقدم مثله، لكن قد سبق أنه لا حق له للإزاله إذا كان ضرراً، ويكون الجمع بين الحقين بالإبقاء وأخذ الأجره.

{ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غاره} للنبوى المشهور فى كتب الفتاوى المعمول به عندهم، وكفى به حجه: «المغرور يرجع إلى من غر»، وللعله فى روايات تدليس الزوجه المعلله برجوع الزوج إلى المدلس، بقوله (عليه السلام): «كما غر الرجل وخدعه» كما تقدم.

ثم إن كون الزارع مغروراً، فكما إذا اشترى الأرض من غاصب بزعم أنها له، فزارعها غيره، فإن من هو بيده الأرض مغرور من طرف الغاصب الأول.

ومع عدم الغرور فلا رجوع، وإذا تبين كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه وليس عليه أجره الأرض ولا أجره العمل

{ومع عدم الغرور فلا رجوع} للأصل.

{وإذا تبين كون البـذر مغصوباً} وهـذه ثانى صور هذه المسأله، لأن أركان المزارعه المالك والعامل والبذر وسائر الشؤون، وقد ذكر المصنف (رحمه الله) كل الصور إذا لم تكن على القاعده الأوليه.

{فالزرع} بين الثلاثه، لأنه ناتـج الأرض والعمل والبـذر كما تقدم، لا أنه {لصاحبه} كما ذكروا، بتقريب أنه تابع للبذر، فهو لمن كان له البـذر، وقد عرفت أنه خلاف الحقيقه والعرف، والشرع لم يغير، لعدم وجود دليل خاص فى المسأله، ومنه يعلم صحه ما ذكره:

{وليس عليه أجره الأرض ولا أجره العمل}، لكنه على مبنانا من التقسيم لا على مبناهم، إذ يرد عليهم أنه من قبيل زياده العين الموجبه للاشتراك القهرى فلماذا يتوى حق صاحب الأرض أو العامل.

وإن قيل: حقهما على الغاصب.

قلنا: لا شك فى أن لهما الحق عليه، لكن الكلام فى قرار الضمان، حيث إن الفائده عائده لصاحب البذر، بناءً على عدم التقسيم بين الثلاثه.

أما وجه عدم الأجره عليه بناءً على مبناهم، لأن البـذر قد يأتى به مالك الأرض فعليه للزراع أجره عمله، وقد يأتى به الزارع فعليه لمالك الأرض أجره أرضه، وقد يأتى به ثالث ـ فيما كان البـذر فى المزارعه على ثالث ـ فعليه لمالك الأرض أجره أرضه وللزارع أجره عمله، لأن كل واحد من الثلاثه استوفى منفعه الأرض وعمل الزارع والمستوفى عليه الأجره.

نعم إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزاله، هذا إذا لم يكن محل للإجازه، كما إذا وقعت المعامله على البذر الكلى، لا المشخص فى الخارج أو نحو ذلك، أو كان ولم يجز

{نعم إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزاله} فيما إذا أتى بالبذر الزارع، أو ثالث، أما إذا أتى به نفس مالك الأرض عن علم أو جهل، فإنما يتمكن من الإزاله مع إعطاء البدل، مثلاً أو قيمةً.

و {هذا} الذى ذكرناه بقولنا: (وإذا تبين كون البذر) إلخ {إذا لم يكن محل للإجازه} أى إجازه مالك البذر المزارعه.

{كما إذا وقعت} المزراعه فى {المعامله على البـذر الكلى، لا المشـخص فى الخارج} فإن إجازه البذر الشخصـى لا تجعل الأمر مزارعه قـد وقعت على الكلى، والكلى لا ـ ينطبـق على الشخصـى إذ إنمـا ينطبـق على فرد مملـوك لمن كـان عليه البـذر، والبـذر الشخصى ليس دخيلاً فى المزارعه حتى يكون لصاحب البذر سلطان على المزارعه بالإجازه والرد.

{أو نحو ذلـك} كمـا لو وقعت المعـامله على البـذر الشخصـى، لكن ليس لمالكه الإجازه، كما إذا كان البـذر ملكاً محجوراً له، كما مثلاً أعطاه إنسان له مقيداً بأن يصرفه فى أكله، أو الاستفاده منه فى أرض نفسه.

{أو كان} محل الإجازه {ولم يجز} حيث يترتب على البـذر المغصوب فى هذين الحالين: هذا إذا لم يكن .. أو كان ولـم يجز .. ما تقدم.

ص:٨١

وإن كان له محل وأجاز يكون هو الطرف للمزارعه، ويأخذ الحصه التى كانت للغاصب، وإذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه، وإذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبه فالمزارعه صحيحه ولصاحبها أجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه، وفى بعض الصور يحتمل جريان الفضوليه

{وإن كان له محل} للإجازه {وأجاز يكون} صاحب البذر {هو الطرف للمزارعه} فقد سبق إمكان أن يكون طرف المزارعه ثلاثه أو أربعه، أحدهم صاحب البذر.

{و} حينئذ {يأخذ} صاحب البذر {الحصه التى كانت للغاصب} أى جعلت له.

{و} الصوره الثالثه فى المسأله: ما {إذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون، فالأمر إلى مولاه} إن أجاز صحت المزارعه وكانت الحصه للمولى إن قلنا بعدم ملك العبد، وإلاّ كانت لنفس العبد، ومثل العبد ما لو باع إنسان عمله لآخر ثم أعطى نفسه للمزارع عاملاً.

{و} الصوره الرابعه: ما {إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبه، فالمزارعه صحيحه و} ذلك لإطلاق الأدله بعد أن لم تكن العوامل وغيرها من المقومات عرفاً، وإنما المقوم الأرض والبذر، و{لصاحبها أجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه} إذا كانت قيميه، ومثلها بعد التلف إذا كانت مثليه.

{وفى بعض الصور} صوره ما إذا وقعت المزارعه على الأعيان الخارجيه لا على العوامل ونحوهما الكليه {يحتمل} بل اللازم القول بـ {جريان الفضوليه}

وإمكان الإجازه كما لا يخفى.

كما تقدم فى البذر، لإطلاق أدله الفضولى الشامل للمقام.

{وإمكان الإجازه كما لا يخفى} لما تقدم من إمكان كون المزارعه بأطراف أربعه.

ثم إذا كانت مغصوبه وأجاز مالكها، كان صاحبها شريكاً مع من أظهر أن العوامل له عند عقد المزارعه من المالك أو الزارع، فإن جعلت لكل حصه، مثلاً قال مالك الأرض: وعلى العوامل وللأرض الربع من الحاصل وللعوامل الربع، كان لمالكها الربع بعد الإجازه، ولو قال: إنى لا أجيز إلاّ بالثلث مثلاً، وقبل مالك الأرض صح، حيث إنه من قبيل شرط الزياده، فهو كما إذا قال: إنى أقبل الربع بشرط أن تضيف لى نصف السدس.

فلا يقال: إن له أن يجيز إما بقدر الحصه التى وقع عليها العقد، أى الربع، أو لا يجيز، بحجه أنه إن أجاز بالثلث لم يصح، حيث لم يقع العقد على الثلث.

نعم لو قال: إنى أجزت المعامله التى وقعت على الثلث للعوامل، لم يتم إذ لم تكن مثل هذه المزارعه والإجازه تنفع بالنسبه إلى ما وقع، لا أنها تشرع حكماً جديداً.

وإن لم يجعل لكل من الأرض والعوامل حصه، بل قرروا للمالك النصف فى قبال أرضه وعوامله، وأجاز مالك العوامل كان له بقدر نسبه حق العوامل من النصف، فقد يكون حقهما ربع النصف، أو نصفه أو أكثر أو أقل.

وقد ظهر من الفرع السابق صحه أن يجيز على أن يكون له النصف أكثر من حقه

النسبى، مثلاً ـ كـان له من النصف ربعه، فأجـاز بـأن يكون له نصف النصف، فـإن معنى قبول مالك الأرض ذلك أن الزائـد على حقه يكون بمنزله الشرط.

ثم إن مما تقـدم فى الصور الأـربع يظهر صـحه الإجـازه إذا كـانت الأمور المتعلقه بالزراعه مغصوبه، من الأرض والعامل والبـذر وسائر ما يحتاج إليها، لإطلاق أدله الفضولى، كما هو كذلك فى طرفى البيع.

ص:٨۴

مسأله ١٩ خراج الأرض على صاحبها

(مسأله ١٩): خراج الأرض على صاحبها، وكذا مال الإجاره إذا كانت مستأجره، وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان، وما يؤخذ لتركها في يده، ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلًّا صح

(مسأله ١٩): {خراج الأرض على صاحبها} نقله مفتاح الكرامه عن جمهره من الفقهاء، وأضاف جمله منهم (ومؤنتها) ثم نقل الإجماع على ذلك. كما أن المسالك قال: إنه محل وفاق، وذلك لأن خراج الأرض موضوع على صاحب الأرض، ولا شأن للعامل فيه.

كما أنه إذا كان شيء من قبل الدوله على العامل ـ كما إذا كان ذمياً وعلى رأسه جزيه ـ كان على نفس العامل من غير ربط له بالمالك، وكذالك إذا كان على البذر، أو البقر العامله زكاه تعلقت به من قبل، أو خمس، كان ذلك على من له البذر والبقر، ولا يرتبط بالآخر، سواء كانا لمالك الأرض أو العامل أو لغيرهما.

{وكذا مال الإجازه إذا كانت} الأرض أو العوامل والآلات {مستأجره} أو مصالح على منفعتها بشيء.

{وكذا ما يصرف في إثبات اليد عن أخذها من السلطان} من قبيل حق الإثبات في إداره الدوله، {وما يؤخذ لتركها في يده} كل عام، حيث تؤخذ ضرائب ماليه حتى في الدوله الحقه فيما إذا اضطرت الدوله لأخذها من جهه نفقات الحرب الطارءه أو ما أشبه.

{ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلًّا صح} لإطلاق أدله الشرط بعد

وإن كانت ربما تزاد وربما تنقص، على الأقوى

عدم كونه منافياً للكتاب والسنه، ولا لمقتضى العقد، وقد نقل مفتاح الكرامه ذلك عن جماعه من الفقهاء فى باب المساقاه.

نعم، عن مساقاه المبسوط وجامع الشرائع والتبصره: أن على المالك الخراج، ولم يذكروا استثناء الشرط، قال: ولعلهم يتأملون فى اشتراطه على العامل، إذ قد لا يحصل شيء أصلاً، وقد لا يحصل من ذلك تمام المقدار، وهو ضرر عظيم وغرر كثير.

أقول: عدم ذكر أولئك لا يدل على مخالفتهم، والإشكال المذكور غير وارد، إذ هو كنفس عمل العامل، ولعله لم يحصل ربح كذلك، والحل أن العقلاء يقدمون على ذلك، وإطلاق الدليل يشمله، فلا وجه للإشكال، ولذا رده مجمع البرهان بالنص والإجماع وقال: إنه لا شبهه فيه.

ومما تقدم يعلم أنه لو شرط العامل على المالك إعطاء زكاه أو ما أشبه مما يتعلق بآلاته وعوامله وبذره مثلاً، صح لما تقدم.

{وإن كانت ربما تزاد وربما تنقص} لاحتياج السلطان، أو حسب زياده الإنتاج وقلته {على الأقوى} لما تقدم من الدليل، خلافاً للمسالك حيث قال: (ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زياده فهى على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومه، فلا يمكن اشتراطها كونها على مالك الأرض)، وهذا هو المنقول عن النهايه والمهذب والسرائر والنافع والتذكره والتحرير والروضه والوسيله فى المؤنه، وجامع المقاصد فى المساقاه وغيرهم، كما فى مفتاح الكرامه.

ص:٨٦

ورده فى المستمسک بأنه لا دليل على قدح الجهاله فى المقام، وعموم الصحه ينفى ذلک.

أقول: قد يكون الكلام فى ما إذا زاد السلطان وما إذا نقص أنه على من ولمن، وقد يكون الكلام فى أنه هل يضر الزياده أم لا.

أما الأول: فالظاهر عدم الضرر، لأنه لا يعد غرراً عرفاً، والشارع لم يمنع إلّا الغرر العرفى، وكون الغرر الشرعى أعم من الغرر العرفى فيشمل المقام وإن لم يشمله العرفى كما مال إليه الشيخ المرتضى (رحمه الله) غير ظاهر الوجه، كما تقدم فى بعض الكتب السابقه.

وأما الثانى: فالظاهر أنه إذا كانت الزياده فى الدائره المحتمله عند العقد مما يتسامح العرف فيه كان على الزارع حسب الشرط، سواء كانت لأجل احتياج السلطان، كما إذا كانت ضريبه كل جريب عشره، فأخذ السلطان عشره ونصفاً، أو لأجل زياده الإنتاج، كما إذا كانت ضريبه كل جريب عشره لأجل أن كل جريب يعطى وسقاً فأعطى كل جريب وسقاً ونصفاً، فأخذ السلطان لكل جريب خمسه عشر، وذلک لأن الأمرين داخل فى الدائره المحتمله عرفاً، وقد فرض أن العقد صب عليه، والعقود تتبع القصود.

أما إذا كانت الزياده خارجه عن الدائره المحتمله عرفاً، فالزائد على المالک، لأن الشرط لم يشمل مثل هذه الزياده، فقدر شمول الشرط على الزارع، والقدر الزائد عليه على مالک الأرض، وكذلک إذا كانت على العوامل ضريبه وشرطها الزارع المالک لها على مالک الأرض.

ص:٨٧

فلا يضر مثل هذه الجهاله للأخبار

أما إذا نقصت الضريبه عن المعتاد، فقد يكون النقص فى الدائره المحتمله، ولا ينبغى الإشكال فى أن التفاوت فى كيس الزارع المشروط له، فإذا كان كل عام يأخذ السلطان عشره، فأخذ هذا العام تسعه ونصفاً، كان النصف فى كيس الزارع، لما تقدم فى طرف الزياده.

وإن كان النقص أكثر، كما إذا أخذ السلطان خمسه مثلاً متفضلاً بالخمسه الباقيه، فهل ذلك فى كيس الزارع، أو كيس المالك، فيأخذ التفاوت المالك عن الزارع، لأن المالك يعطى الحصه للعامل فى قبال عمل العامل ومائه يعطيها للسلطان، والآن أعطى خمسين، وقد غبن المالك، حيث إن الحصه المعطاه للزارع تسوى أكثر من العمل والخمسين، فللمالك الفسخ بالغبن، أو أخذ التفاوت بدليل «لا ضرر» و«لا يتوى»، احتمالان، وإن كان بناؤهم أن الغبن لا يوجب الخيار بين الفسخ والأرش، لكنا تأملنا فى ذلك فى موضعه، لأن «لا ضرر» له عقد إيجابى أيضاً، كما يستفاد من عمل الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بقلع الشجره.

وكيف كان {فلا يضر مثل هذه الجهاله} لما عرفت، و{للأخبار} مثل صحيح داود بن سرحان، عن أبى عبدالله (عليه السلام)، فى الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فدفعها إلى رجل يكفيه خراجها ويعطيه مائتا درهم فى السنه، قال (عليه السلام): «لا بأس»[(١)].

ص:٨٨

١- الوسائل: ج١٣ ص٢١٢ الباب١٧ من أبواب المزارعه والمساقاه ح١

ومثله ما رواه من لا يحضره الفقيه، عن يعقوب بن شعيب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، وصحيح يعقوب بن شعيب المروى فى الكافى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل فهو بينهما، قال (عليه السلام): «لا بأس»((1)).

وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره، عن أبى عبد الله (عليه السلام) إنه سأل عن القريه فى أيدى أهل الذمه لا أدرى أهى لهم أم لا، سألوا رجلاً من المسلمين قبضها وأدى خراجها، فما فضل فهو له، قال (عليه السلام): «ذلك جائز»((2)).

وهذه الأخبار تدل على الموضوع بالمناط، باستثناء الخبر الثالث فإنه بمعونه ما يعلم فى الخارج من زياده الخراج ونقصانه شامل بإطلاقه للمقام، وعليه فقول الحدائق تبعاً للكفايه بأن الأخبار الثلاثه الأول ظاهره فى عدم جهاله الشرط المذكور هنا، سيما الخبرين الأولين، محل تأمل.

أما قول مفتاح الكرامه: إن ما ناقش به صاحب الكفايه والمسالك وتذلق به صاحب الحدائق، ففيه إن المراد من نفى البأس فى الخبرين إنما هو بيان الجواز المطلق الذى لا يلزمه اللزوم الذى هو المطلوب).

فيرد عليه: إن الظاهر من مثال المقام اللزوم، لأن نفى البأس فى قبال

1- الوسائل: ج13 ص203 الباب 10 من أبواب المزارعه والمساقاه ح2

2- المستدرك: ج2 ص503 الباب15 من أبواب المزارعه والمساقاه ح1

وأما سائر المؤن كشق الأنهار وحفر الآبار وآلات السقى وإصلاح النهر وتنقيته، ونصب الأبواب مع الحاجه إليها، والدولاب ونحو ذلك، مما يتكرر كل سنه أو لا يتكرر، فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل

المحذور، لا ـ فى قبال اللزوم، وقول المستمسك فى ردهما: (إن الخبرين الأولين ليسا فى المزارعه، وإنما هما فى موضوع آخر، والخبر الثالث لا ـ ظهور فيه فى جهاله وتردده بين الأقل والأكثر) محل نظر، لما عرفت من المناط فى الأولين لو لم نقل بأنه نوع مزارعه أيضاً، ومن الإطلاق فى الثالث.

وكيف كان، فقد ظهر بما ذكرناه ضعف قول السيد البروجردى: (الأقوى ضرر مثل هذه الجهاله، نعم إذا كان الخراج معيناً وزاد السلطان عليه بعد العقد صح الشرط وكانت الزياده على المالك).

{وأما سائر المؤن كشق الأنهار وحفر الآبار وآلات السقى وإصلاح النهر وتنقيته ونصب الأبواب مع الحاجه إليها} كما فى البستان {والدولاب ونحو ذلك مما يتكرر فى كل سنه أو لا يتكرر} بل إذا عمل يبقى عده سنوات {فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل}.

أقول: ذكر جمله من الكتب أن المؤن والخراج على المالك، وترك جمله أخرى المؤن وإنما اقتصر على الخراج، وفصل المسالك بين أقسام المؤن، وقال فى الجواهر: (لا إشكال فى كون المرجع مع الإطلاق التعارف فيما هو على المالك والعامل، وإلاّ أشكل الحال)، وتبعه المصنف.

ص:٩٠

إلا إذا كان هناك عاده ينصرف الإطلاق إليها

ولـذا قال: {إلا إذا كان هناك عاده ينصـرف الإطلاق إليها} والمعلقون الـذين ظفرت بتعليقاتهم سـكتوا على المتن جميعاً، لكن المصـنف سـكت عن ما إذا لم يكن تعيين ولا عاده، وهو ما ذكره الجواهر بقوله: يشكل، ورده المستمسک بأن مقتضى الإطلاق كونه على العامـل مـا لم تقم قرينه على خلافه، لأن العمـل المملوک على الأجير، والزرع المملوک على الزارع، إذا كان مطلقاً كان مقتضى ملكيته وجوب الإتيان به على كل حال، فتجب جميع مقدماته من دون فرق بين مقدمه وأخرى.

أقول: إذا لم تكن عاده ولا تعيين فقـد جعل العمل على العامل والأرض على المالک، ولا دليل على أن على أى منهما ما عـدا ما جعـل عليه، وكون العمـل عليه ليس معنـاه أن مقـدماته عليه، كمـا أن أرض الزراعه على المالـک ليس معناه أن المقـدمات التى تصـلح الأرض للزراعه الفعليه عليه، ولـذا فاللازم عقـد جديـد لأجل تلک المؤن، كما إذا لم يكن عرف ولا تعيين بالنسـبه إلى البذر والعوامل، حيث لا يصح أن يقال: إنه على أيهما.

وعلى هذا، فإذا تعاسرا ولم يستعدا للتصالح، أو عقد جديد أو ما أشبه لتعيين أن المؤن على من، لم يكن لعقد المزارعه ثمر، فهى إما باطله لعدم شمول الأدله له، أو صحيحه لكل منهما خيار الفسخ من باب «لا ضرر» ونحوه، كما ذكر مثله فى خيار الغبن، حيث إن اللزوم ضـرر، فدليل «لا ضـرر» يرفع لزومه، ولا مجال لدليل القرعه لأنها فى الموضوع، لا فى الشبهات الحكميه، كما لا مجال لقاعده العدل بالتنصيف بينهما، لذلک أيضاً.

ص:٩١

وأما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك، وإن كان أخذهم ذلك من جهه الأرض.

ثم قد تقدم أن المعيار فى انصراف الإطلاق ما إذا كان قصد المتعاقدين هو المنصرف ولو ارتكازاً، لأن العقود تتبع القصود، وإلاّ لم ينفع الانصراف إذا لم يكن قصد، والله العالم.

{وأما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك} كما أن ما يأخذونه من المالك ظلماً ليس على الزارع، وذلك لأصاله البراءه فيهما.

{وإن كان أخذهم ذلك من جهه الأرض} فى الأول، ومن جهه الزارع فى الثانى، فإن ظلم إنسان لأجل غيره لا يوجب ضمان ذلك الغير، فإذا أدمى الظالم جسم الابن من جهه أبيه مثلاً، لم يكلف الأب بالديه.

نعم، لو وكل المالك الزارع بدفع ما يأخذه الجائر لأجل أرضه، كان على المالك دفع بدله، فهو كما لو قال: أعط للفقير درهماً، فإن الآمر ضامن لما دفع الوكيل.

أما ما فى خبر سعيد الكندى، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إنى آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم، قال: «أعطهم فضل ما بينهما»، قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال: «إنهم إنما زادوا على أرضك»[(1)]. فالظاهر أنه فى زياده الخراج، كما ذكره المستمسك.

ثم إن السيد البروجردى

١- الوسائل: ج١٣ ص٢١١ الباب١٦ من أبواب المزارعه والمساقاه ح١٠

علق على قول المصنف: (فليس على المالك) بقوله: (إلاّ إذا كان أخذهم ذلك معتاداً عند أخذ الخراج بحيث يكون فی العرف جزءاً من الخراج) انتهی.

وهو كذلك، وينبغی استثناء آخر، هو ما إذا تعارف إعطاء الزارع عن المالك بحيث يقع العقد مبنياً عليه، ولو ارتكازاً، ومثله يستثنی من عكس المسأله، وهو ما إذا تعارف أخذ الظالم من المالك علی الزارع بحيث يقع العقد مبنياً عليه.

ثم إذا أخذ المأمور الظالم من نفس الزرع، فإن أخذ بنفسه خرج من المال المشترک، لأن المال مشترک ولا أولويه لكونه من هذا أو ذاک، أما إذا أخذه من يد المالک أو الزارع فهل علی المأخوذ منه، أو علی كليهما، احتمالان، من أن المال مشترک فهو عليهما، ومن أن المعطی هو المكلف به، كما تقدم وجهه عند قوله: (وأما ما يأخذه) فهو علی المعطی، والثانی أقرب، إذ هو كما إذا دفع الشريک الظالم بإعطائه من المال المشترک.

ص:٩٣

مسأله ۲۰ یجوز لهما الخرص علی الآخر

(مسأله ۲۰): یجوز لکـل من المالک والزارع أن یخرص علی الآخر بعـد إدراک الحاصل بمقـدار منه، بشـرط القبول والرضا من الآخر، لجمله من الأخبار هنا

(مسأله ۲۰): {یجوز لکـل من المالک والزارع أن یخرص علی الآخر} فیقول: أعطنی مائه وسق والباقی لک مثلًا، {بعـد إدراک الحاصل} وإن کان قبل البلوغ، إذ لا دلیل لخصوصیته کونه بعد البلوغ کما سیظهر من روایاته، {بمقدار منه} وسیأتی الکلام فی إذا خرص بمقدار مطلق، أو من غیره.

{بشـرط القبول والرضا من الآخر}، قوله: (الرضا) عطف تفسیری، وکأنه أتی به لورود لفظ الرضا فی الروایه، وذلک {لجمله من الأخبار هنا} کمرسل محمد بن عیسـی، عن بعض أصـحابه، قال: قلت لأبی الحسن (علیه السـلام): إن لنا أکره فنزارعهم فیقولون قـد حررنا هـذا الزرع بکـذا وکـذا فأعطوناه ونحن نضـمن لکم أن نعطیکم حصه علی هـذا الحزر، قال (علیه السـلام): «وقد بلغ»، قلت: نعم، قال (علیه السـلام): «لا بأس بهـذا»، قلت: فإنه یجیء بعد ذلک فیقول لنا: إن الحزر لم یجئ کما حزرت قد نقص، قال (علیـه الســلام): «فـإذا زاد یرد علیکـم»، قلـت: لا، قـال: «فلکـم أن تأخـذوه بتمـام الحزر، کمـا أنـه إذا زاد کـان لـه کـذلک إذا نقص»((۱)).

وخبر سهل قال: سألت أبا الحسن موسی (علیه السلام) عن الرجل یزرع

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۷ الباب۱۴ من أبواب المزارعه ح۴

له الحراث بالزعفران ويضمن له على أن يعطيه فى كل جريب يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص وغرم، وربما استفضل وزاد، قال (عليه السلام): «لا بأس به إذا تراضيا»((1)).

وعن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر، وأبى عبد الله (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل يمضى فأخرص عليه فى النخل، قال: «نعم»، قلت: أرأيت إن كان فضل ما يخرص عليه الخارص أيجزيه ذلك، قال: «نعم»((2)).

إلى غيرها من الروايات.

أما روايه ابن بكير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحراث على أن يدفع إليه من كل أربعين زعفراناً رطباً منّاً، ويصالحه على اليابس، واليابس إذا جفف ينقص بثلاثه أرباعه، ويبقى ربعه وقد جرب، قال: «لا يصلح»، قلت: وإن كان عليه أمين يحفظه لم يستطع حفظه، لأنه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه، قال: «يُقبّله الأرض أولاً، إن له فى كل أربعين منّاً منّاً»((3)).

فلعل منع الإمام (عليه السلام) إنما كان لأجل جهاله أن اليابس يكون ربع الرطب، ولذا أجازه (عليه السلام) ثانياً إذا لم يلاحظ اليابس فى الخرص.

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٦ الباب١٤ من أبواب المزارعه ح١

٢- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٦ الباب١٤ من أبواب المزارعه ح٣

٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٦ الباب١٤ من أبواب المزارعه ح٢

وفی الثمار فلا یختص ذلک بالمزارعه والمساقاه

{وفی الثمار} کصحیح یعقوب بن شعیب، فی حدیث قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجلین یکون بینهما النخل، فیقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بکذا وکذا کیلاً مسمی، وتعطینی نصف هذا الکیل ما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلک، قال (علیه السلام): «نعم، لا بأس به»((۱)).

وکذا أخبار خرص رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) علی أهل خیبر، مثل صحیح الحلبی قال: أخبرنی أبو عبد الله (علیه السلام): «أن أباه حدثه أن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعطی خیبر بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدرکت الثمره بعث عبد الله بن رواحه فیقوم علیه قیمه، فقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطونی نصف الثمر، وإما أعطیکم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض»((۲)).

ونحوه صحیح یعقوب وأبی الصباح.

وفی الجعفریات، بسند الأئمه (علیهم السلام)، إلی علی (علیه السلام): «إن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعطی یهود خیبر علی الشطر، فکان یبعث إلیهم من یخرص علیهم ویأمرهم أن یبقی لهم ما یأکلون»((۳)).

{فلا یختص ذلک بالمزارعه والمساقاه} فإن فی المساقاه أیضاً خرصاً،

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۲ الباب۹ من أبواب المزارعه ح۲
۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۳ الباب۱۲ من أبواب المزارعه ح۲
۳- المستدرک: ج۲ ص۵۰۳ الباب۱۲ من أبواب المزارعه ح۱

بـل مقتضـى الأخبـار جوازه فى كـل زرع مشـترک أو ثمر مشترک، والأـقوى لزومه بعـد القبول وإن تبين بعـد ذلـک زيـادته أو نقيصته، لبعض تلک الأخبار، مضافاً إلى العمومات العامه

ويفهم ذلک من أخبار المزارعه لاتحاد المناط فيهما.

{بل مقتضـى} ما يفهم من {الأخبار} من المناط {جوازه فى كل زرع مشترک} ولو بسبب الإرث {أو ثمر مشترک} ولو بسبب بيع الثمار، فإنه جائز على ما ذكروا فى مسأله بيع الثمار، والظاهر من النص والفتوى كونه إذا كان غير محصود، فإذا حصد لم يقع فيه ذلک.

ثم إن المناط فى الثمر يشمل مثل الورق والحطب والورد وما أشبه، فإن المناط شامل لكل ذلک.

{والأقوى لزومه} أى الخرص {بعـد القبول} كما عن الوسـيله والمهـذب وجامع المقاصـد ومجمع البرهان وغيرهم، وذلک لأنه عقد فيشمله)أوفوا بالعقود(.

{وإن تبين بعد ذلک زيادته أو نقيصته لبعض تلک الأخبار} كمرسل محمد بن عيسى وغيره.

{مضافاً إلى العمومات العامه} الـداله على صـحه كل عقـد إلاّ ما خرج، وليس المقام مما خرج، لكن اللازم تقييـد ذلک بما إذا كانت الزياده والنقيصه من ما يتعارف فى الخرص.

خلافا لجماعه والظاهر أنه معامله مستقله

أما إذا كانتا مما لا يتعارف فللمغبون منهما حق الغبن، للأدله التى ذكروها هناک.

{خلافاً لجماعه} كالإيضاح وشرح الإرشاد، حيث قال: إن الأصح أنه إباحه، وأن الخرص لا يملک ولا يضمن، وفى القواعد لو زاد فأباحه على إشكال.

واستدل لذلک بأن الأصل عدم اللزوم، وفيه: إن ظاهر الأدله كما تقدم أنه عقد، والعقد أصله اللزوم إلّا ما خرج بالدليل، مثل المضاربه حيث قام الإجماع على عدم لزومها، وحيث إن أدله الشرط والاشتراط تقتضى الخيار كان اللازم القول به فى المقام أيضاً.

{والظاهر أنه معامله مستقله} لأن بناء العرف على ذلک، والشارع قرره بفعله وقوله، ولم يسمه بيعاً ولا صلحاً ولا نحوهما من سائر العقود، ولا حاجه فيه إلى صيغه، بل يجرى فيه المعاطاه لإطلاق أدلتها، ولو أجرياه باللفظ لم يحتج إلى صيغه خاصه للأصل.

ومنه يعلم أن قول جامع المقاصد كما يحكى عنه من أنه لا بد من إيجاب وقبول بلفظ التقبيل أو الصلح أو ما أدى هذا المعنى، غير ظاهر الوجه، إلّا أن يريد من باب المثال، ولذا قال فى المستمسک: (لا دليل على لزوم إنشاء المعامله بعقد زائد على الخرص وقبوله، والأخبار تاباه وتمنعه).

أقول: بل قد ذكرنا فى بعض مباحث الكتاب صحه التقابل بين الطرفين لا الإيجاب والقبول، فكلاهما يعطيان فى قبال الآخر بدون أن يكون من أحدهما

وليست بيعاً ولا صلحاً معاوضياً

الإعطاء ومن الآخر الأخذ، بل لو لم يبن النكاح على الاحتياط فى الفروج صح ذلك فيه أيضاً حيث إنهما يتقابلان، فلا أولويه لأن يكون أحدهما موجباً والآخر قابلاً.

{وليست بيعاً} لأن العرف الذى هو الأصل فى ذلك لم يجعله بيعاً، بل يجعله فى قبال ذلك، ولذا قال فى مفتاح الكرامه: (اتفقوا على أنه ليس بيعاً غير أنه فى التذكره تردد فى جواز عقدها بلفظ البيع).

وقال فى الجواهر: (إنه بعيد لشده مخالفته لقواعد البيع)، ورده المستمسك بأن المخالفه لقواعد البيع لا تهم لجواز اختلاف أنواع البيع فى الأحكام.

أقول: قد يقال: إنه ليس ببيع، وذلك لما ذكرناه، وقد يقال: هل يصح جعله بيعاً، والظاهر ذلك، لأن كلًا منهما يبيع ماله فى قبال مال الآخر، ومنع ذلك غير ظاهر، لعدم المانع فى مثل هذا البيع إلاّ إذا قيل إنه داخل فى المحاقله والمزابنه.

لا يقال: إنه غررى.

لأنه يقال: كلا، ولذا ليس جعله خرصاً غررياً عند العرف، وقد تقدم أن الشارع لم يوسع دائره الغرر.

{ولا صلحاً معاوضياً} لأن للصلح مفهوماً خاصاً ليس ذلك المفهوم فى الخرص.

خلافاً لما عن الدروس والمهذب البارع من أنه نوع من الصلح، وعلى ما ذكرناه يصح أن يجعل بعنوان الصلح، لكنه ليس بخرص حينئذ.

فلا يجرى فيها إشكال اتحاد العوض والمعوض، ولا إشكال النهى عن المحاقله والمزابنه

ثم إنه إذا اختلف المفهوم لا ـ يهم أن تختلف الآثـار أم لا، فإن المفاهيم اعتبارات عقلائيه قـد تكون متصوراً للعقلاء وإن لم يكن اختلاف فى الآثار، ولـذا لا حاجه إلى التماس الفروق فى الآثار بين مفهوم ومفهوم، فإذا لم يوجد الاختلاف قيل إنه هو، ولذا قد لا يمضـى الشارع مفهوماً مكان مفهوم، وإن كان الأثر واحداً، مثل أن يجعل مكان النكاح الهبه أو الصـلح أو البيع، وإن كان نظر الزوجين نتيجه النكاح فى كل الثلاثه.

وحيث كان الخرص معامله مستقله {فلا يجرى فيها} فى هذه المعامله {إشكال اتحاد العوض والمعوض} بأن يقال: كيف يعطى ثمره هذه الشـجرات ليأخذ ثمره هذه الشـجرات، بل قد عرفت صحه البيع أيضاً، ولا يكون من اتحاد العوض والمعوض لما ذكره الجواهر من أن المعوض عنه الحصه المشاعه، والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين.

أقول: ويتصور أيضاً بغير ذلك.

{ولا ـ إشـكال النهى عن المحاقله والمزابنه} فإن الحلى أبطل الخرص بحجه أنه إن كان بيعاً لا يخلو أن يكون قـد باعه حصه من الغله والثمره بمقـدار فى ذمته من الغله والثمره، أو بـاعه الحصه بغله من هـذه الأـرض، وعلى كلا الوجهين البيع باطل، لأنه داخل فى المزابنه والمحاقله وكلاهما باطلان، قال: وإن كان صلحاً

ولا إشكال الربا، ولو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع، وجريانه فى مطلق المعاوضات، مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون

بطل أيضاً لدخوله فى باب الغرر، وهذا هو الذى يقتضيه أصول مذهبنا، فلا يرجع عنه بأخبار الآحاد التى لا توجب علماً ولا عملاً)، انتهى بتصرف.

وفيه: إن المنع عن المحاقله والمزابنه إنما هو فى البيع، وقد تقدم أن الخرص معامله مستقله.

{ولا إشكال الربا} بتوهم أنه بيع المثل بزياده، لأن الغالب عدم التساوى الكامل، فإنه يزيد طرف على طرف، إما على أن الربا جار فى البيع، وهذا ليس ببيع فهو واضح.

بل {ولو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع} كما تقدم تفصيله فى كتاب الإجاره، {وجريانه فى مطلق المعاوضات}، وذلك لأنه ليس برباً عرفاً، وما ليس كذلك يصح، لأن الحكم ورد على الموضوع، والموضوع عرفى، إلاّ إذا دل الدليل على أوسعيه أو أضيقيه الشرع عن العرف، بل ما ورد فى باب تحريم الربا من أنه لفساد الأموال لا يشمل المقام، فإنه لا يقال لمن خرص: إنه فسد ماله.

{مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون} والربا فى البيع خاص بالمكيل والموزون، كما ذكره الجواهر

ومع الإغماض عن ذلک کله یکفی فی صحتها الأخبار الخاصه، فهو نوع من المعامله عقلائیه ثبت بالنصوص ولتسم بالتقبل و

لکن ربما یقال: إنهما أیضاً داخل فیهما بالإطلاق أو المناط، فهل یجوز أن یبیع حمل نخل فیه ما یقارب من مائه کیلو بحمل نخل آخر فیه ما یقارب من مائتی کیلو.

{ومع الإغماض عن ذلک کله} بأن سلمنا وجود إشکال اتحاد العوض والمعوض والمحاقله والربا {یکفی فی صحتها الأخبار الخاصه} التی تقدمت جمله منها، وقد عرفت حجیتها سنداً وصراحتها أو ظهورها دلالهً، فکونها أخبار آحاد لا توجب علماً ولا عملاً، کما ذکره السرائر، غیر ظاهر الوجه، ولا اقتضاء لأصول المذهب ببطلانه، بل قد عرفت أن القواعد تقتضی صحته.

{فهو نوع من المعامله عقلائیه ثبت بالنصوص} بل لو لم یکن نص کان إطلاق أدله العقود کافیاً فی إثباته.

{ولتسم بالتقبل} لما قاله المسالک من أن ظاهر الأصحاب أن الصیغه تکون بلفظ القباله.

أقول: لا ـ حاجه إلی هذا الاسم بعد أن کان الوارد فی النص والفتوی الخرص، وقد قال الشهید (رحمه الله) بنفسه: لا دلیل علی اختصاصه بلفظ التقبیل، أو اختصاصه به.

{و} إن قلت: کیف تقولون إن الخرص معامله مستقله، والحال أن المعاملات أمور محصوره ذکرها الفقهاء فی کتب الفقه.

حصر المعاملات فى المعهودات ممنوع، نعم يمكن أن يقال: إنها فى المعنى راجعه إلى الصلح غير المعاوضى، فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترک كذا مقداراً والبقيه للآخر شبه القسمه أو نوع منها، وعلى ذلک يصح إيقاعها بعنوان الصلح على

قلت: {حصر المعاملات فى المعهودات ممنوع} كما سبق الكلام فيه، وحتى لو قلنا بالحصر فالخرص أمر معهود عقلاً وشرعاً، فليكن من تلک المعاملات المعهوده.

{نعم، يمكن أن يقال: إنها فى المعنى} والمآل {راجعه إلى الصلح غير المعاوضى ف_} ليس من الصلح المعاوضى لأنه {كأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترک كذا مقداراً والبقيه للآخر} وبما ذكره من أنه كذا فى المعنى يظهر الإشكال فيما ذكره المستمسک من أن الصلح يجب أن يكون إنشاؤه بعنوان الصلح، فإذا كان الإنشاء بعنوان آخر لم يكن صلحاً، إذ المصنف لم يقل إنه صلح، بل قال إنه فى المعنى كذلک، وهو تام {شبه القسمه أو نوع منها} حيث يفرز الشريكان حصه أحدهما عن حصه الآخر، وليس فى القسمه لزوم التساوى، ولذا قال: أو نوع منها، وفى هذا النوع يكون التصالح لعدم التساوى ليكون بلا صلح.

{وعلى ذلک} الذى يؤول إلى الصلح، وإن لم يكن يحتاج إلى ذلک، إذ كل معامله يصح إجراؤها بعنوان الصلح، {يصح إيقاعها بعنوان الصلح على

ص:١٠٣

الوجه المـذكور مع قطع النظر عن الأخبـار أيضـاً على الأـقوى من اغتفـار هـذا المقـدار من الجهـاله فيه إذا ارتفع الغرر بـالخرص المفروض، وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبل

الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار} الخاصه فى المقام، وإنما يصح الصـلح فى كل المعاملات والتى منها الخرص لإطلاق أدلته، مثل:)والصـلح خير(، وأنه سـيد الأحكام، وجائز بين المسـلمين((1))، والفرق بين المعامله الكـذائيه والصـلح أن الأول لم يلحظ فيه التوافق ــ وإن كان التوافق لازمها ــ بينما الصـلح أخذ فى مفهومه التوافق، بالإضافه إلى التعامل {أيضاً على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهاله فيه} أى فى الصـلح {إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض} الغرر العرفى لإطلاق النهى عنه الشامل للخرص والصلح وغيرهما، كما تقدم الكلام فى ذلك.

وعليه فإذا كان غرر لم يصح، أما الجهاله بدون الغرر إن فرضت فلا تضر، لعدم الدليل على ضررها إذا لم تكن غرراً.

وقد أجبنا فى بعض مباحث الكتاب عن أنه لماذا تضيق دائره معامله وتوسع دائره أخرى مع توافق النتائج بينهما غالباً.

{وعلى هـذا لاـ يكون} الخرص {من التقبيـل والتقبـل} على مـا ذكره المختلف، حيث جعله نوعـاً من التقبيـل والصـلح، وذلك لأنهما عطاء من طرف وأخذ من طرف، فلا يلائم ما إذا كان الإعطاء من الطرفين على سبيل التقابل، و

١- الوسائل: ج١٣ ص١٦٤ الباب٣ من أبواب الصلح ح١و٢

ثم إن المعامله المذكوره لا تحتاج إلى صيغه مخصوصه، بل يكفى كل لفظ دال على التقبل، بل الأقوى عدم الحاجه إلى الصيغه أصلًا، فيكفى فيها مجرد التراضى، كما هو ظاهر الأخبار

لذا خصوهما فى الفقه بالأرض، فإن أحدهما يعطى الأرض والآخر يأخذها، نعم قد تقدم فى بعض الروايات لفظ التقبيل.

{ثم إن المعامله المذكوره} الخرص {لا تحتاج إلى صيغه مخصوصه} كما ذكره المسالك وغيره، وذلك لأنه لا دليل على ذلك، بل الأصل ينفيها، بالإضافه إلى أن العقلاء الذين هم الأصل فى هذه المعامله لا يرون خصوصيه لها، والشارع حيث قررها لم يجعل شيئاً زائداً على الأمر العقلائى.

{بل يكفى كل لفظ دال على التقبل} بل وكذلك التقبيل، إذ لا فرق فى الدليل المذكور بينهما، فإذا كان الدليل فى الأول الأصل وبناء العقلاء، كان الدليلان جاريين فى الثانى.

ومنه يعلم وجه قوله: {بل الأقوى عدم الحاجه إلى الصيغه أصلًا} فإذا كان لإنسان قطع أراض مزروعه فأعطى أحدها لزيد خرصاً بكذا، ثم أشار إلى عمرو وبكر وخالد لإعطائهم بقيه قطعه بنحو إعطائها لزيد، فأخذوها بدون لفظ كانت تلك معامله معاطاتيه.

{فيكفى فيها مجرد التراضى، كما هو ظاهر الأخبار} حيث لم تذكر اللفظ وإنما قررت ما يعتاده العقلاء، فما فى الجواهر من أنه (لا ريب فى اعتبار الصيغه، وخلو نصوصها عنه كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك)، غير ظاهر الوجه،

والظاهر اشتراط كون الخرص

إذ من أين لا ريب، ويأتى مثل ذلک الكلام فى العقود، فما لم يعلم اشتراطها فيها نقول بعدم الاشتراط.

وقول المستمسک: (ظاهر النصوص والفتوى أن الخرص من العقود المحتاجه إلى إنشاء بإيجاب وقبول، والنصوص مشتمله على الأقوال على اختلاف فى مضامين تلک الأقوال، وكلها ظاهره فيما ذكرنا من الإنشاء بالعقد اللفظى) انتهى.

يرد عليه أولاً: إنا لا نسلم أن الخرص من العقود المحتاجه إلى اللفظ، بل تجرى فيها المعاطاه كسائر العقود.

وثانياً: اشتمال النصوص على الأقوال لأجل بيان الحقيقه، لا الاحتياج إلى اللفظ، وإلا جرى مثل ذلک فى نصوص سائر العقود، فمن أين له بالمعاطاه فيها لو كان المعيار الأقوال الوارده فى النصوص، ولذا الذى ذكرناه ذهب جماعه من المعلقين إلى كفايه ما إذا كان للتراضى مظهر فى الخارج.

وقال السيد البروجردى: (لابد فيه من الإنشاء، سواء كان باللفظ أو بغيره، والظاهر أن مراد المصنف ذلک، لأن النزاع فى اللفظ لا فى كفايه مجرد الرضا، لوضوح أن مجرد الرضا لا يوجب صدق العقد).

ثم إنا قد ذكرنا فى بعض مباحث الكتاب كفايه المعاطاه فى اللزوم خلافاً للمشهور الذين ذكروا أنها لا توجب اللزوم.

{والظاهر اشتراط كون الخرص} عند صيروره ما يخرص من الثمر و

بعد بلوغ الحاصل وإدراكه فلا يجوز قبل ذلك

الزرع والورق والورد والحطب بحيث يعرف أهل الخبره بمقداره التقريبى، كما لم يستبعد ذلك السيد الجمال فى الحاصل، وذلك لأنه الأمر العقلائى الذى قرره الشارع.

أما ما ذكره المصنف تبعاً لجماعه، وتبعه جمله من المعلقين من اشتراطه {بعد بلوغ الحاصل وإدراكه فلا يجوز قبل ذلك} وكأنه للأصل، وظاهر جمله من الأخبار، كصحاح الحلبى والكنانى ويعقوب فى إرسال النبى (صلى الله عليه وآله وسلم)، ومرسل محمد بن عيسى وغيرها مما تقدم(1) من الروايات الناصه على الإدراك والبلوغ، فيستشكل فيه: إن المستفاد عرفاً من البلوغ والإدراك بلوغها حد الخرص لا البلوغ أى الكمال، ولو سلم الظهور فى الثانى كان اللازم التعدى عنه بالمناط، إذ لم يعلم أن الشارع غير المناط العرفى بل الظاهر أنه أمضاه، وبذلك لا يبقى مجال للأصل.

نعم، لا ينبغى الإشكال فى عدم صحه ذلك قبل الوقت العرفى، للأصل بعد عدم الدليل.

ولا مانع بعد ذلك الخرص من ظهور ثمار جدد، كما يعتاد فى بعض الأشجار ونحوها، لأن الأمر عرفى كما تقدم، سواء كان الظهور المتأخر فى بعض ثمار نخل وشجر ظهر ثمرهما، أو فى نخل لم يظهر بعدُ ثمره.

والظاهر صحه الخرص بالنسبه إلى شيئين معاً، كأن يخرص الرمان والتمر وغيرهما معاً لإطلاق الدليل.

ويشترط فى الخراص أن يكون أهل الخبره، وذلك لأنه لا

١- انظر الوسائل: ج١٣ ص٢٠٦ الباب١٤ من أبواب المزارعه

والقدر المتيقن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع

إطلاق للأدله بدونه، بل ظاهر لفظ الخرص يشير إليه، ولا يشترط أن يكون رجلًا ولا عادلاً ولا بالغاً ولا مسلماً للأصل.

ولو قال الخراص: اشتبهت، قبل منه لأنه مما لا يعرف إلّا من قبله، فله أن يخرص من جديد، وقد ذكرنا فى بعض مباحث الكتاب دليل حجيه قول من لا يعرف الشىء إلّا من قبله.

{والمقدار المتيقن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه} الذى يكون من عقد الخرص {من حاصل ذلك الزرع}، وفى الجواهر إنه المشهور، وعن جامع المقاصد نسبته إلى تصريح الأصحاب، واستدل له فى المستمسك بأن (المفهوم من الخرص فى النص والفتوى ليس إلّا تقدير الحصه المشاعه المبهمه بقدر معين من دون تبديل شىء ولا معاوضه بين شيئين) انتهى.

ولكن ربما يقال: إن كونه المتيقن لا يقف أمام الإطلاق، وكون ذلك المفهوم من الخرص أول الكلام، فإن مفهومه التقدير غير الدقيق، ومنه)قُتل الخرّاصون(.

نعم، الغالب جعل الحصه من نفسه، ويؤيد الإطلاق خبر سهل المتقدم، بل مرسل محمد ظاهر فى الإطلاق، لأنه قال: (حصه) إذ العباره تقتضى (حصه منه) إن أراد خصوص كونها منه، خصوصاً وفى خبر سهل: (إذا تراضيا) الذى يستفاد منه العليه.

وعليه فالإطلاق وإن كان أظهر، إلّا أن الاحتياط سبيل النجاه.

فلا يصح الخرص وجعل المقدار فى الذمه من جنس ذلك الحاصل

وكيف كان {ف_} على المشهور {لا يصح الخرص وجعل المقدار فى الذمه من جنس ذلك الحاصل} أو على نحو الكلى فى المعين، أو المشاع فى جنس خارجى، والظاهر أنه لا يشترط وحده نوع المخروص، لوضوح أن التمر أنواع، وقد أطلق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فى قصه خيبر، كما يظهر من رواياته، كما أنه كذلك فى سائر الثمار وما أشبه.

نعم، ليس لأحدهما الاستبداد بالجنس الجيد وإعطاء الآخر الردىء، مثلًا التمر الزاهدى أحسن من البربن، فلا يحق لأحدهما الاستبداد بالزاهدى، أما بعد الخلط فلا يهم زياده أحدهما على الآخر فى حصه أحدهما حسب المتعارف، كما لا يحق لأحدهما الاستبداد بالرطب والآخر باليابس، مثلًا البربن لا ييبس والرطب الزاهدى ييبس، فاللازم جعل الحصه منهما لهما، إلّا إذا شرط فى ضمن العقد، فإنه يصح لقاعده: «المؤمنون عند شروطهم».

وفى الفواكه كذلك، لكن هل يصح الاختلاف فى العطاء، كما إذا كان فى بستان التين والرمان والعنب، فيجعل الخرص من أيها لأيهما، أو اللازم ملاحظه النسبه فى كل قسم منها، الظاهر الثانى إلّا مع الشرط.

أما المستثنى منه فلأنه المنصرف من الخرص، وأما المستثنى فلقاعده الشرط.

ومنه يعلم الكلام فى مثل الحنطه والشعير، ومثل البقول المختلفه وأوراد الأدويه المختلفه، إلى غيرها.

ص:١٠٩

نعم، لو أوقع المعامله بعنوان الصلح على الوجه الذى ذكرنا، لا مانع من ذلك فيه، لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعامله، ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه المعامله مشروط بسلامه الحاصل، فلو تلف بآفه سماويه أو أرضيه كان عليهما، ولعله لأن تعيين الحصه فى المقدار المعين ليس من باب الكلى فى المعين،

{نعم، لو أوقع المعامله بعنوان الصلح على الوجه الذى ذكرنا} بأن يتسالما على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترك للآخر فى قبال قدر معين له فى ذمه الآخر، أو فى المال الخارجى للآخر على نحو الكلى فى المعين أو المشاع، {لا مانع من ذلك فيه} لما تقدم من عموم أدله الصلح.

{لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعامله} وداخل فى أدله الصلح، فله آثار الصلح لا آثار الخرص، وكذلك إذا جعل ذلك بعنوان البيع حيث تجمع فيه شرائط البيع، وهكذا.

{ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه المعامله مشروطه بسلامه الحاصل} وقد نسب هذا الحكم إلى المشهور المسالك وغيره.

{فلو تلف بآفه سماويه} كالصاعقه {أو أرضيه} كالزلزله {كان عليهما} بالنسبه، {ولعله لأن تعيين الحصه فى المقدار المعين} كالنصف والثلث {ليس من باب الكلى فى المعين} حتى يكون التلف على من بيده الزرع والثمر، مثل اشتراء صاع عن صبره، كما ورد فى أطنان القصب.

بل هی باقیه علی إشاعتها، غایه الأمر تعیینها فی مقدار معین، مع احتمال أن یکون ذلک من الشرط الضمنی بینهما،

{بل هی باقیه علی إشاعتها} إذ لا وجه لخروج الحصه عن الإشاعه بعد أن کان مقتضی العقد لیس أکثر من تقدیر الحصه.

{غایه الأمر تعیینها فی مقدار معین} کما ذکرنا، وربما یقال: لیس ذلک بناءً علی بقاء الإشاعه، إذ لو بقی علی الإشاعه احتاج فی تصرفاته إلی إذن المتقبل له، وحیث لا یحتاج کما هو المنصرف من النص وظاهر الفتوی، کان لابد لکون التلف منهما علی التماس دلیل آخر، وهو أن التقبل لما کان مبنیاً علی سلامه الحاصل، فکأنه لم یلتزم المتقبل بما التزم به من الحصه إلّا بالنسبه إلی الحاصل السالم إلی وقت التسلیم، وعلیه فیکون التلف محسوباً علیهما.

وبذا یستشکل علی ما ذکره السید البروجردی: من أن کون استقرارها مشروطاً بسلامه الحاصل إنما هو للإجماع واستقرار العمل مع عموم البلوی بها.

کما یستشکل علی المستمسک، حیث قال: والقواعد تقتضی کون التلف علی غیر مالک الکلی ولا یشارکه مالک الکلی.

إذ لا یظهر إجماع فی المسأله، کما أن ذلک مقتضی القواعد قد عرفت ما فیه.

{مع احتمال أن یکون ذلک من الشرط الضمنی بینهما} فهو علی نحو الکلی فی المعین، إلّا أن الشرط کون التلف علیهما.

أقول: الظاهر صحه جعله عند العقد علی نحو الإشاعه، وعلی الکلی بشرط، وبلا شرط.

والظـاهر أن المراد من الآـفه الأرضـيه مـا كـان من غير الإنسـان، ولاـ يبعـد لحوق إتلاـف متلف من الإنسان أيضاً به، وهل يجوز خرص ثالث حصه أحدهما أو كليهما فى مقدار، وجهان أقواهما العدم.

{والظاهر أن المراد من الآفه الأرضـيه} فى كلامهم {ما كان من غير الإنسان} فإن المنصرف من الآفه ذلك، ولو أتلفه حيوان لا يضمن صاحبه، أو طفل أو مجنون وقيل بعدم ضمانهما كان كذلك، لأنه لا ضامن.

{ولاـ يبعـد لحوق إتلاـف متلف من الإنسـان} الـذى يضـمن، والحيوان الـذى يضـمنه الإنسـان {أيضاً به} لأن الإشاعه أو غيرها المقتضـيه للاشتراك، لا فرق فيها بين تلف أرضى أو سماوى، إنسانى أو غيره، فإن قدر المتلف ذهب من كيسهما، وضمنه أيضاً من أتلف لهما.

{وهـل يجوز خرص ثـالث حصه أحـدهما أو كليهما فى مقـدار، وجهان} الصـحه للمناط، ولأنه أمر عقلائى فيشـمله دليل(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، لا بأنه عقـد غير خرص، بل لأنه خرص دل عليه الـدليل الخاص تاره، والدليل العام(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تاره، لكن {أقواهما العـدم} لأن ظاهر النصوص كصـريح الفتاوى عدم الشـمول، والمناط غير معلوم، وإذ لم يشـمله الخرص لا يدخل فى (أوفوا) من باب أنه خرص، نعم يشمله دليل)أَوْفُوا((1) من باب أنه عقد معاوضه على الحصه المشاعه

ص:112

1- سوره المائده: الآيه 1

بعوض فى الذمه، ولا يلزم الغرر((۱))، كما تقدم فى مثله، لارتفاع الغرر بخرص أهل الخبره.

أما الربا فمع كونه مكيلًا أو موزوناً، كما رجحناه سابقاً خلافاً للمستمسک، فلا يلزم لعدم وجود علته فيه، كما قال (عليه السلام): «إنه محرم لفساد المال» بل وحتى مع عدم الاعتماد على العله، شمول أدله الربا لمثله بعيد، وإن كانت المسأله بحاجه إلى تأمل أكثر، والله العالم.

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۳۰ الباب۴ من أبواب آداب التجاره ح۳

مسأله ۲۱ وجوب الزكاه على كليهما

(مسأله ۲۱): بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك من أول الأمر فى الزرع، يجب على كل منهما الزكاه إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب، وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما، وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمر، لأن تعلق الزكاه بعد صدق الاسم، وبمجرد الظهور لا يصدق،

(مسأله ۲۱): {بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك من أول الأمر فى الزرع، يجب على كل منهما الزكاه} لشمول الأدله لكليهما مع توفر سائر الشرائط {إذا كان نصيب كل منهما بحد الزكاه} إذ لا يحسب المال بما هو مال، بل يحسب مال كل إنسان، من غير فرق بين اشتراكه وعدمه، ولذا لو كان لهذا فى المال المشترك أقل من خمسه أوسق، وكان له فى مكان آخر مشتركاً أو غير مشترك ما يتمم ذلك وجبت عليه الزكاه.

{و} منه يعلم وجوب الزكاه {على من بلغ نصيبه} حد النصاب {إن بلغ نصيب أحدهما} دون الآخر، كما إذا كان لأحدهما الثلثان فبلغ نصيبه دون الآخر الذى نصيبه الثلث، ولا فرق فى ذلك بين كون المزارعه بين اثنين أو أكثر، وكذا حال الخمس عليهما أو على أحدهما إذا توفرت شرائطه فى النصيب.

{وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمره ل_} ما تقدم فى كتاب الزكاه من {أن تعلق الزكاه بعد صدق الاسم، وبمجرد الظهور لا يصدق} وكذا إذا كان الشرط حال صدق الاسم.

ص:۱۱۴

وإن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفيه فهى على صاحب البذر منهما، لأن المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت فتتعلق الزكاه فى ملكه.

قال فى المستمسك: (فالظاهر وجوب الزكاه عليهما عملاً بإطلاق الأدله).

أقول: هذا إذا لم نقل بلزوم سبق صدق الاسم، لأنه عله، والعله مقدمه على المعلول، فالأدله لا تشمل المقام، وقد تقدم فى بحث توارد النجاسه والكريه من كتاب الطهاره ما ينفع المقام، فراجع.

{وإن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفيه، فهى على صاحب البذر منهما} لا لما ذكره المصنف بقوله: {لأن المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت} لما قد سبق من أن الحاصل والزرع وليد الأرض والبذر فهو لهما، بل لأن الشرط يجعل مال أحدهما للآخر فى المده الخاصه فيكون من قبيل شرط النتيجه.

{فتتعلق الزكاه فى ملكه} إذ لا ملك للآخر فى هذا الوقت، والملك الموقت عقلائى كالمنفعه الموقته.

ومما تقدم يظهر الكلام فى الخرص، فإنه إذا كان ماله طبعاً بقدر النصاب، أو ليس بقدر النصاب، فجعله الخرص بقدره أو سقطه عن قدره، اعتبر التعلق وعدمه بعد الخرص، لأنه زاد ماله بالخرص أو نقص، إن صح الخرص قبل تعلق الزكاه، وإلاّ فالخرص لا يسقط الزكاه ولا يثبتها، لأن التعلق وعدمه كان قبله فلا ينقلب الحكم بعده، إلاّ إذا شرط الزكاه على صاحبه، فالشرط صحيح، وقد ذكرنا مسأله إعطاء إنسان زكاه آخر فى كتاب الزكاه، فراجع.

مسأله ۲۲ لو بقى فى الأرض أصل الزرع

(مسأله ۲۲): إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده والقسمه، فنبت بعد ذلك فى العام الآتى فإن كان البذر لهما فهو لهما، وإن كان لأحدهما فله، إلاّ مع الإعراض وحينئذ فهو لمن سبق، ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الإعراض مطلقاً

(مسأله ۲۲): {إذا بقى فى الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده والقسمه فنبت بعد ذلك فى} ذلك العام أو {العام الآتى} أو بعد ذلك، فقوله (رحمه الله) من باب المثال كما لا يخفى.

{فإن كان البذر لهما فهو لهما} لكن لا ـ بنسبه البذر، بل بإضافه ملاحظه الأرض، فمثلاً لصاحب الأرض ونصف البذر ثلثا الحاصل إن كان القدر العادل للأرض بمقدار السدس كما تقدم غير مره.

{وإن كان لأحدهما فله} بقدره لا كله {إلا مع الإعراض} من صاحب البذر، أو صاحب الأرض عن أرضه، وذلك لما ثبت من أن الإـعراض والانعراض كالوقوع فى البحر، مسقط للملك، وقد ذكرنا دليله فى مسأله انكسار السفينه، فقول المستمسك: (لا دليل عليه) محل نظر.

{وحينئذ فهو لمن سبق} لقاعده «من سبق»، كما ذكروه فى كتاب إحياء الموات وغيره.

{ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الإعراض مطلقاً} أى وإن كان البذر من

لأن المفروض شركتهما فى الزرع وأصله، وإن كان البذر لأحدهما أو الثالث وهو الأقوى، وكذا إذا بقى فى الأرض بعض الحب فنبت فإنه مشترك بينهما مع عدم الإعراض، نعم لو كان الباقى حب مختص بأحدهما اختص به

أحدهما، حتى على رأى المصنف من أن الزرع تابع للبذر، وذلك {لأن المفروض شركتهما فى الزرع وأصله، وإن كان البذر من أحدهما أو لثالث} لما قد سبق من المصنف من أن مقتضى الزراعه كون البذر يكون مشتركاً، فقد قال فى المسأله الخامسه عشره: (الظاهر من مقتضى وضع المزارعه اشتراك البذر بينهما على النسبه، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث).

{وهو الأقوى} وقد تقدم هناك ضعف هذا الاحتمال، أما على ما ذكرناه فالحاصل مشترك وإن لم نقل بمقاله.

{وكذا إذا بقى فى الأرض بعض الحب فنبت، فإنه مشترك بينهما مع عدم الإعراض} لما تقدم فى المستثنى منه والمستثنى، أما إذا لم ينبت الحب ولم يعرض صاحبه عنه فهو له من دون اشتراك، إذا كان لأحدهما أو لثالث، إذ لا وجه للاشتراك إلّا على ما ذكره المصنف فى المسأله الخامسه عشره، وقد عرفت وجه النظر فيه.

وعليه فلا يخفى أن قوله: {نعم لو كان الباقى حب مختص بأحدهما اختص به} ينافى ما ذكره فى تلك المسأله، إلّا أن يقول: بأن الذى صار لهما هو الحب الذى ينبت، أما ما لم ينبت فهو خاص بمالكه، فتأمل.

ولو سقط من الزرع حباب أو أفرخت الشجره فلا ينبغى الإشكال فى أنهما

ثم لا يستحق صاحب الأرض أجره لـذلك الزرع النابت على الزارع فى صوره الاشتراك أو الاختصاص به، وإن انتفع بها إذا لم يكن ذلك من فعله ولا من معامله واقعه بينهما.

مشترك بينهما إلا مع إعراض أحدهما أو كليهما، فهما لمن سبق.

ولو شـك فى أنه من البـذر السابق أو الساقط، فعلى رأى المصـنف هو لهما على أى حال، أما على ما ذكرنا من عـدم الاشتراك فى البذر الأصلى ربما يقال بالاستصحاب، لأن البذر كان لمالكه، ولم يعلم أنه اشترك غيره معه، إذ الاشترك إنما يكون بعد أن ينبت ويصبح حباً جديداً، فمقتضى الاستصحاب بقاؤه بدون الاشتراك، لكن فيه: إن أركان الاستصحاب غير تامه، إذ لم يعلم أن هـذا الحب هو الحب السـابق، ويحتمـل إجراء قاعـده العـدل، لأنه من الشك فى الماليات، إذ يعلم أنه إما كله أو نصـفه لصاحب البذر مثل درهمى الودعى.

{ثم لا يستحق صاحب الأرض أجره لـذلك الزرع النابت} أجره {على الزارع فى صوره الاشتراك أو الاختصاص به، وإن انتفع بها} لأصل البراءه بالنسبه إلى الماضى، أما بالنسبه إلى المستقبل فله أخذ الأجره أو القلع، على ما ذكروا.

{إذا لم يكن ذلـك من فعله} فهو كمـا لو أطار الريـح الحب إلى أرض الغير فنبت، حيث لم يكن على صاحب الحب شـىء، إلاّ إذا قلنا بأنه استوفى منفعه ملك الغير، فاللازم عليه إعطاء الأجره، لقاعده «لا يتوى»((١)).

{ولا من معامله واقعه بينهما} حيث يكون ما عليه لأجل المعاوضه، وإن لم

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥

يستوف شيئاً، هذا ولكن قد عرفت أن الحاصل مشترك تلقائياً، لأنه وليد الحب والأرض.

ولو قلنا بمقاله المشهور من كون الزرع للزارع، كان اللازم إعطاء حق صاحب الأرض، لأنه وإن لم يكن أمر ومعاوضه إلاّ أنه استيفاء، وهو يوجب حقاً للمستوفى منه على المستوفى، فعليه الأجره بالنسبه إلى حقه، كلًا أو بعضاً، كما اختاره بعض المعلقين.

ص:١١٩

مسأله ۲۳ لو اختلفا فی المده

(مسأله ۲۳): لو اختلفا فی المده وأنها سنه أو سنتان مثلًا، فالقول قول منکر الزیاده، وکذا لو قال أحدهما: إنها سته أشهر، والآخر قال: إنها ثمانیه أشهر،

(مسأله ۲۳): {لو اختلفا فی المده وأنها سنه أو سنتان مثلاً فالقول قول منکر الزیاده} کما هو المشهور بینهم، بل عن جامع المقاصد أنه تاره ادعی عدم الخلاف فیه، وأخری أنه إجماع، وثالثه نسبته إلی الأصحاب، وعن مجمع البرهان أنه لا شک فیه، وفی الجواهر عدم الخلاف فیه، وذلک لأصاله عدم الزیاده.

{وکذا لو قال أحدهما: إنها سته أشهر، والآخر قال: إنها ثمانیه أشهر} لما ذکر، وإنما جاء به المصنف لإفاده أن ذلک حال النزاع ولو کان فی أقل من السنه.

ومنهما یعلم حال ما إذا ادعی أحدهما سنه، والآخر أقل من سنه أو أزید من سنه.

ولا فرق فی کل الصور بین أن یکون مدعی الزیاده المالک، أو الزارع، أو ثالث علیه البذر، أو رابع علیه العوامل.

ولو اتفقا فی قدر المده، وکان الاختلاف فی زمانها، کما إذا قال أحدهما: إنه من الآن إلی سته أشهر، وقال الآخر: إنها من أول سته أشهر إلی سنه، کان مورد التحالف.

وکذلک إذا کان بین الوقتین عموم من وجه، کما إذا قال أحدهما: من الآن إلی سنه، وقال الآخر: بل من أول سته أشهر إلی سنه ونصف، فإن السته الثانیه متفق علیها، وإنما التحالف لأجل السته الأولی والثالثه.

ص:۱۲۰

نعم لو ادعى المالك مده قليله لا تكفى لبلوغ الحاصل ولو نادراً، ففى تقديم قوله إشكال

{نعم لو ادعى المالك} بل أو الزارع، أو الثالث والرابع {مده قليله لا تكفى لبلوغ الحاصل، ولو} بلوغاً {نادراً، ففى تقديم قوله إشكال} من أن الأصل معه، ومن أنه يرجع دعواه إلى كون المزارعه فاسده، والأصل الصحه، ومن المعلوم أن أصاله الصحه فى المعامله لا تدع مجالاً لأصل العدم الذى يقتضى الفساد، فلو ادعى أحد الزوجين ما يقتضى بطلان العقد، والآخر ما يوافق الصحه ويخالف الاستصحاب، قدّم الصحه، وهكذا فى سائر العقود.

وعلى هذا، فالمقدم قول ذى المده الكثيره فى المقام، لكن هل يعطى له كل مدعاه، أو بقدر بلوغ الحاصل، مثلًا ادعى أحدهما سنتين والآخر شهراً، والزرع ينتج فى سته أشهر، الظاهر عدم إعطائه كل المده، لأن الأصل مثبت بالنسبه إلى ذلك، والتفكيك فى الأحكام الظاهريه غير عزيز، فأصاله الصحه تقتضى الصحه ويكفى فيها سته أشهر، أما الزائد فالأصل عدمها.

لا يقال: العلم الإجمالى بأنها ليست سته أشهر، لأنها إما شهر أو سنتان.

لأنه يقال: لا مدخليه للعلم الإجمالى فى المنازعات من هذا القبيل، فما اقتضته الأيمان والبينات يحكم به، وإن كان مخالفاً لطرف العلم الإجمالى، ولذا يعطى للمستهل والموصى له الربع إن شهدت امرأه واحده، مع أنه إما استهل وأوصى فلهما الكل، وإما لم يستهل ولم يوص فلا شىء، ونأخذ من

ولو اختلفا فی الحصه قله وکثره، فالقول قول صاحب البذر المدعی للقله

السارق المال دون القطع، إلی غیر ذلک مما لا یخفی علی من راجع القضاء کثرتها.

وعلیه فإذا اختلفا فی المقام کذلک، حلف مدعی الصحه وصحت المزارعه قدر بلوغ الحاصل.

أما فی الحصه فمدعی السنتین یقول: إن النصف للمالک فی قبال تسلیطه علی أرضه سنتین، ومدعی الشهر یدعی أن الحصه فی قبال شهر، فاللازم إعمال قاعده العدل، لأن النزاع فی الأمور المالیه، حیث لا مجال للأصل بعد العلم الإجمالی کدرهمی الودعی ونحوه، ویحتمل الرجوع إلی ما یقتضیه العرف فی قدر الحصه لهذه المده التی یبلغ الحاصل فیها، لأن کلیهما یتساقط بالمعارضه، فالمرجع «لا یتوی حق امرئ مسلم» ونحوه، ویحتمل لزوم الصلح القهری، کما ذکره الفقهاء فی موارد من کتاب القضاء.

{ولو اختلفا فی الحصه قلهً وکثرهً} فادعی کل واحد منهما الکثره لنفسه، مثل کون نزاعهما لأیهما الثلثان مع اتفاقهما أن الحصه ثلث وثلثان، أو لا ـ بل اختلافا فی أن لکل منهما النصف حسب ادعاء أحدهما، أو لأحدهما ثلث وللآخر الثلثان حسب ادعاء الآخر.

{ف‍ـ} المصنف علی {أن القول قول صاحب البذر المدعی للقله} لأن الزرع لصاحب البذر، کما هو المشهور، فالطرف الآخر یدعی الزائد، والأصل

عـدمه، سواء فی صوره ادعـاء النصف والثلث، أو ادعاء الثلث والثلثين، وقول المصـنف قول صاحب البـذر إنما هو فيما إذا ادعى القله للمالک.

أمـا إذا ادعى الكثره للمالـک ويأبـاه المالـک لاعتقـاد كـل منهما ما يـدعيه، أو لأن هناک محـذوراً لمن له الكثره، مثل مصادره الظـالم أمواله ومـا أشـبه ذلـک، فمرجع النزاع أن المالـک للحاصل ـ حسب الميزان الأولى وهو مالک البـذر ـ يقول: إن بعض ماله لمالک الأرض، ومالک الأرض يأباه، فهو كما إذا ادعى ذو اليـد أن ما تحت يـده لزيـد، وزيـد يأباه، اللازم فيه إجراء قاعده المدعى والمنكر، أو غيرهما على ما ذكروه فی كتاب القضاء.

ثم إن ما ذكرناه من أن الأصل مع مدعى القله فی فرع المصنف إنما هو بناءً على رأيهم فی الحاصل.

أما بناءً على ما رجحناه من أن الحاصل لهما، لأنه وليد الأرض والبذر، فمقتضـى القاعده أن الأصل مع من يدعى أن لهما حسب الأـرض والبـذر، لاـ مع الآخر المـدعى خلاف ذلک، مثلًا يـدعى أحـدهما المناصـفه، والعرف يرى ذلک، والآخر يـدعى الثلث والثلثين، فـإن الأصـل مع الأول، لأن الثانی يـدعى خلاف مقتضـى الملک الأولى، وإذا لم يكن أحـدهما يـدعى حسب مقتضـى العرف كـان الأصـل مع من قوله أقرب إلى العرف، مثلاًـ مقتضـى العرف المناصـفه فـادعى أحـدهما الثلث والثلثين، والآخر الربع وثلاثه أرباع، فإن الأصل مع الأول، إذ هو أقرب إلى المناصفه من الثانی، وهكذا.

ص:۱۲۳

هـذا إذا كـان نزاعهما فى زياده المـده أو الحصه وعـدمها، وأما لو اختلفا فى تشخيص ما وقع عليه العقـد، وأنه وقع على كـذا أو كذا، فالظاهر التحالف، وإن كان خلاف إطلاق كلماتهم

{هـذا إذا كـان نزاعهمـا فى زيـاده المـده أو الحصه وعـدمها} أما إذا كان نزاعهما فى أن الزارع يباشـر أو لا يباشـر، أو أن الزرع يكون حنطهً أو شـعيراً، فـإن كـان هنـاك أصل مثل مباشـره الزارع، إذ الأصل فى المزارعه ذلك إلّا ما خرج بقرار غيره، أو جهد الزارع أقل مثلاً فى كل يوم ست ساعات لا ثمان، فالأصل يقدم قول المدعى على طبقه، وإلّا فالمرجع التحالف.

{وأما لو اختلفا فى تشخيص ما وقع عليه العقد، وأنه وقع على كذا} حصه النصفين أو مده سنه {أو كذا} حصته ثلث وثلثين، أو مده سته أشـهر مثلاً {فالظاهر التحالف} لأن كلًا منهما يدعى خلاف ما يدعيه الآخر، وهذا هو الذى رجحه جامع المقاصد لولا الإجماع، وتبعه الجواهر فى الجمله، خلافاً للمسالك، حيث أشكل على جامع المقاصد، بل هو المشهور.

ولـذا قـال: {وإن كـان خلاـف إطلاـق كلمـاتهم}، لكـن مـا عليه المشـهور من عـدم الفرق بين الصـورتين فى رجـوع الـدعاوى المذكوره ونظائرها إلى باب المدعى والمنكر دون التداعى، هو الصحيح الذى اخترناه فى كتاب القضاء، وذلك لأن المرجع فى تعيين وحده المصب وكون النزاع فى الزائد على ذلك، أو تعدد المصب ـ حيث يقتضـى الأول كونه من باب المدعى والمنكر، والثانى كونه من باب التداعى ـ العرف، وهو يرى فى مثل المقام أن النزاع ليس إلّا فى الزائد على القدر المتفق عليه، لا أنه نزاع فى أصل المصب، سواء

صيغ النزاع على نحو تشخيص ما وقع عليه العقد، أو على نحو التنازع فى الزياده، مثلًا قد يقول الزوجان: عقدنا متعةً لشهر قطعاً، وفى الشهر الثانى عندنا خلاف فى أنه داخل العقد أو لا، وقد يقول أحدهما: عقدنا لشهر، ويقول الآخر: بل عقدنا لشهرين، فإن العرف لا يكاد يشك فى وحده النزاع، وأن مدعى الشهر الثانى مدع للزياده، فعليه البينه، لا أنه من التداعى فى المصب الأول.

ولا يخفى أن ما ذكرناه من الإحاله على العرف، غير ما ذكره المستمسك من أن المعيار فى تشخيص المدعى والمنكر الغرض المقصود من الدعوى، وليس المعيار مصب الدعوى، وذلك لعدم تماميه ما ذكره، فإن العرف يرى المصب معياراً لا الغرض المقصود، مثلًا إذا كان الزوج يدعى أن لا نفقه للزوجه لأنها متعه، والزوجه ترى أنها لها لأنها دائمه، فالمقصود وإن كانت النفقه إلّا أنه لا يقال: الأصل عدمها فتكون المرأه مدعيه والزوج منكراً، بل الاعتبار بالمصب وأنه هل تداع لأن كلًا منهما يدعى غير ما يدعيه الآخر، أو الأصل عدم قيد المده فالنكاح دائم.

وأما ما ذكرناه من أن كلامنا غير كلام المستمسك، فلأن الاعتبار بالمصب الذى ندعيه، لا ينافى مع قولنا باعتبار العرف فى التشخيص، بتقريب أن العبره بالمصب، لكن يعطى المصب بيد العرف ليرى هل أنه من التداعى، أو من الادعاء والإنكار.

ص:۱۲۵

فإن حلفا أو نكلا فالمرجع أصاله عدم الزياده.

ومما ذكرنا يعلم أن كلام جامع المقاصد فى إرجاع النزاع فى جميع هذه الموارد إلى النزاع فى تشخيص العقد، وجعله من التداعى ممنوع، كما أن ما ذكره المستمسک من أن العبره بالغرض المقصود لا مصب الدعوى ممنوع أيضاً، وقد نسب ذلک إلى ظاهر الأصحاب مع أن ظاهرهم ما ذكرناه.

أما الجواهر فربما قال باتباع الغرض المقصود، وربما فصل بين أن يكون مصب الدعوى تشخيص العقد فكجامع المقاصد من أنه تداع، وبين أن يكون الزياده والنقصان، فهو من باب المدعى والمنكر.

وقد عرفت أن المصنف تبعه فى ذلک، والمعلقون تبعوا المصنف غالباً، وإن كان السيد الجمال وبعض آخر تبعوا الأصحاب فى جعله من باب المدعى والمنكر فى كلتا الصورتين.

وكيف كان {فـ} إن كان هناک تداع {إن حلفا أونكلا ـ فالمرجع أصاله عدم الزياده} لسقوطهما، فلم يبق إلاّ الأصل إن وصلت النوبه إلى الحلف، وإلاّ فالشاهد مقدم عليهما، كما هو واضح.

ومما تقدم يعرف الكلام فى الفروع التى ذكرناها عند قوله: (هذا إذا كان نزاعهما ...).

ص:١٢٦

مسأله ۲۴ لو اختلفا فی کون البذر علی أیهما

(مسأله ۲۴): لو اختلفا فی اشتراط کون البـذر أو العمل أو العوامل علی أیهما فالمرجع التحالف، ومع حلفهما أو نکولهما تنفسـخ المعامله.

(مسأله ۲۴): {لو اختلفا} فی أن الشـیء کان شـرطاً حتی یکون انتفاؤه موجباً للخیار، أو مصـباً حتی یکون انتفاؤه موجباً للبطلان، کان من التـداعی، لأنه اختلاف فی ذات العقد، ولو اختلفا فی شـرط وعدمه کان الأصل عدمه، ولو اختلفا فی أن العقد کان علی هذه الأرض أو أرض أخری، أو علی أن یزرع حنطه أو شعیراً مثلًا، کان من التحالف.

ولو اختلفا {فی اشتراط کون البذر أو العمل أو العوامل علی أیهما فالمرجع التحالف} لأن کلًا منهما مدع ومنکر.

نعم علی رأی المصـنف الذی سـبق بأن البذر مع الإطلاق علی العامل، کان العامل مدعیاً، حیث یکون قوله خلاف الأصل، فعلی المالک الحلف، کما أشار إلیه المستمسک وغیره، وکذا فی کل ما کان علی أحدهما مع الإطلاق.

{ومع حلفهما أو نکولهما تنفسخ المعامله} ظاهراً عند المصـنف، وعلله المسـتمسک بعدم الباذل للبذر الذی لابد منه فی قوامها، وکـذا فی بقیه الأمور کالعوامل وما أشـبه، لکن ربما یستشـکل علی ذلک بأن عـدم الباذل للبذر لا یلازم الانفساخ، بالإضافه إلی عدم التلازم بین اختلافهما فی الشرط وبذل أحدهما للبذر لا باعتبار أنه واجب علیه، بل یمکن أن یقال: بأن المعامله باقیه ویرجع فیما اختلفا فیه إلی کلیهما بالنسبه، فمن له نصف الحاصل علیه قدر من البذر

يلائم حصته، وكذلك سائر الأقدار من الحصه، مثلًا إذا كان نصف الحاصل للمالك كان عليه ربع البذر فى المتعارف، لأن الأرض وربع البذر يعادلان نصف الحاصل عرفاً، ونصفه الآخر يعادل العمل وثلاثه أرباع البذر، وإنما نحتمل ذلك لأن مقتضى الأصل كون العقد حسب المتعارف، وما خرج يحتاج إلى الدليل، كما أنه يحتمل القرعه لأنها لكل أمر مشكل.

ثم لو قلنا بالانفساخ فهو ظاهرى، إذ العقد صحيح فى نفسه، وعلى من كان البذر ونحوه أن يبذله بمقتضى ما عقد أو شرط.

وإذا انفسخت المعامله ظاهراً فعلى من لا يعلم منهما بالواقع أن يؤجر أرضه أو نفسه، أما من يعلم بالواقع الذى عليه فإنما يحق له العمل خلاف مقتضى العقد تقاصاً، فإنه لا يكلف المالك أن يترك أرضه حتى تذهب منافعها هباءً فى المده التى قررت فيها المزارعه، وكذلك بالنسبه إلى الزارع.

ص:١٢٨

مسأله ۲۵ لو اختلفا فی الإجاره والمزارعه

(مسأله ۲۵): لو اختلفا فی الإعاره والمزارعه فادعی الزارع أن المالک أعطاه الأرض عاریه للزراعه، والمالک ادعی المزارعه، فالمرجع التحالف أیضاً.

(مسأله ۲۵): {لو اختلفا فی الإعاره} کما قالها الزارع {والمزارعه} کما قالها المالک {فادعی الزارع أن المالک أعطاه الأرض عاریهً للزراعه، والمالک ادعی المزارعه} فله بعض الحاصل {فالمرجع التحالف أیضاً} لأن کلّاً منهما یدعی خلاف ما یدعیه الآخر ولا جامع، وقد سبق أن تشخیص التحالف والادعاء والإنکار مصب الدعوی، لا الغرض المقصود منه، فلا یقال: إن النزاع فی أن للمالک الحصه أم لا، والأصل عدمها.

هذا وفی الشرائع: (لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنیها وأنکر المالک وادعی الحصه أو الأجره ولا بینه، فالقول قول صاحب الأرض، ویثبت له أجره المثل مع یمین الزارع، وقیل یستعمل القرعه، والأول أشبه).

ومثله قال فی القواعد مع زیاده: (ما لم تزد عن المدعی) بعد (یمین الزارع).

ونقله مفتاح الکرامه عن الإرشاد وغایه المراد وجامع المقاصد والروض والمسالک والکفایه والتذکره، بزیاده أو نقیصه تلک الجمله.

وعن الفخر نسبته إلی الأصحاب.

وکأن وجه ما ذکروه أن الزارع یدعی الإعاره والمالک ینکرها، فالأصل عدمها، لکنه فیه: إنه معارض بادعاء المزارع الإجاره والمزارعه، والأصل عدمها أیضاً، فاللازم سقوط کلتا الدعویین والرجوع إلی أجره المثل، کما

ذكره التحرير قال: لو ادعى العاريه وادعى المالك الحصه أو الأجره ولا بينه تحالفا، ويثبت لصاحب الأرض أجره المثل.

لكن يستشكل فى أجره المثل بما حكى عن عاريه الخلاف والمبسوط والغنيه واللمعه والكفايه، حيث نفوها بأن المالك المثبت للمزارعه ينفى الإجاره، فمن أين تثبت أجره المثل على الزارع، لكن هل عليه إعطاء أقل الأمرين من الأجره والحصه، أو لا شىء عليه، كما هو ظاهر المحكى عن الأردبيلى (رحمه الله) فى شرحه للإرشاد من أنه إذا حلف المتصرف على نفيه للإجاره لم يلزمه شىء عوض التصرف، لأصاله البراءه، احتمالان.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا لم يكن للزرع ثمر، لا شىء للمالك المدعى للمزارعه، لأنه يسلم بأنها مزارعه، وحيث لا حاصل فلا شىء له، وأما إذا كان مساوياً للأجره فله ذلك لسقوط دعواهما، فله شىء للتصرف فى أرضه، إما الأجره وإما الحصه، والمفروض تساويهما، وأما إذا كانت الأجره أكثر فهل له الأجره لعدم ثبوت المزارعه، أو الأقل كما قاله العلامه وغيره، لأنه معترف بعدم حقه فى الأكثر، احتمالان، وإن كان الأقرب أن له الأقل.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام مفتاح الكرامه وغيره حيث قال: (إذا فرض بعد التحالف سقوط الدعويين بالكليه فكانتا كأنهما لم تكونا، فالواجب أجره المثل، زادت أو نقصت، إذ التحالف أسقط أثر اعتراف المالك) انتهى.

ص:١٣٠

ومع حلفهما أو نكولهما تثبت أجره المثل للأرض، فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال، وإن كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك

{و} على هذا، فـ {مع حلفهما أو نكولهما تثبت أجره المثل للأرض} فيما كانت للزرع ثمره، ولم يكن الحاصل أقل من أجره المثل، كما عرفت وجه القيدين، وكأن السيد ابن العم اتبع الشرائع وغيره ممن تقدم ذكرهم حيث علق على التحالف بأن كونه مورد التحالف إشكال.

وفيه: ما عرفت من ضعف الإشكال.

ثم لو لم يحلف أحدهما كان الحق مع الحالف، كما قرر فى القضاء.

ثم إن اختلافهما فى أنها عاريه أو مزارعه على ثلاثه أقسام، لأنه إما بعد البلوغ، أو فى الأثناء، أو قبل نثر الحب.

{فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال} فى أنه مقتضى ما ذكرناه من الأحكام، بأن المرجع التحالف وغير ذلك.

{وإن كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك} عن العقد أخذاً باعتراف الزارع، فإن الزارع يدعى أنه عاريه، والعاريه غير لازمه يجوز للمعير الرجوع فيها.

لا يقال: المالك يعترف بأنها مزارعه، والمزارعه لا يجوز الرجوع فيها، فالمالك مأخوذ باعترافه.

لأنه يقال: لما أنكر الزارع المزارعه، فإنه يريد عدم إعطاء الحصه، فللمالك الفسخ، كما فى كل مورد يختلف المالك والطرف، مثل البيع والإجاره وغيرهما، حيث يدعيها المالك والمتصرف يقول: إنه هبه أو عاريه أو ما أشبه، حيث

للمالک الفسخ، إما من باب التقاص، أو من باب تخلف الشرط أو ما أشبه ذلک.

ومن ذلک تعرف وجه النظر فی کلام المستمسک، حیث علله بقوله: (لأن عدم جواز الرجوع فی المزارعه من جهه العامل، والمفروض اعتراف العامل بأنه لا حق له)، إذ فیه: إن اعتراف الطرف لا یسقط الحق الذی یعترف به الإنسان، فإذا قالت المرأه: لست زوجه لزید، فهل یجوز لزید العمل علی أنها لیست زوجته، بالنسبه إلی آثار الزوجیه، غیر النفقه ونحوها الساقطه بالنشوز، وکذلک إذا باعه داره وقبض الثمن، ثم اعترف المشتری بأنه لم یشترها ونسی أنه قبضه الثمن، وقال: إنه لم یقبض الثمن، فهل یجوز للبائع استرداد العین.

ثم إن الحاکم إذا حکم بأنه لا عاریه ولا مزارعه لا ینفی الواقع، وإنما یحکم ظاهراً بعدمهما، وإنما الواقع یبقی علی ما هو علیه، یلزم علی العالم به منهما أو من غیرهما العمل علی طبقه، إذ الحکم لا یغیر الواقع، کما فصلنا ذلک فی کتاب القضاء، بدلیل قوله (صلی الله علیه وآله وسلم): «إنما أقضی بینکم بالبینات والأیمان» الحدیث. نعم استثنی من ذلک بعض الموارد النادره بالنص، کما إذا حلف المدیون مثلاً بأنه لیس بمدیون، حیث لا یحق للدائن التقاص منه بعد أن حلف، لما دل علی أن الیمین یذهب بالحق، وإن کان الواجب علی المدیون الوفاء واقعاً، فإذا علم به حرم علیه أکل مال الناس.

ومما تقدم تعرف وجه الإشکال فی قول المستمسک: (إنه إذا ادعی رجل

وفی وجوب إبقاء الزرع إلی البلوغ علیه مع الأجره إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره بالإزاله وجهان

زوجیه امرأه ظلماً، فحکم الحاکم له وجب علیها مطاوعته بمقدار إلزامه، ولا یجوز علیها ما زاد علی ذلک، فإذا طلب منها المدعی الاستمتاع بها، فإن أمکنها صرفه وجب علیها ذلک، وإن أصر علی الاستمتاع بها وجب علیها المطاوعه وتسقط حرمه المطاوعه للأجنبی بدلیل حرمه رد الحکم، وفی غیر حال وجوب المطاوعه یحرم علیها التعرض له والتکشف) انتهی.

إذ فیه: إن الحاکم لا یغیر الواقع کما تقدم منه (رحمه الله)، بل هو المجمع علیه، وعلیه فلماذا تجب علیها المطاوعه وهی تعلم أنه زنا، واستدلاله بحرمه رد الحکم غیر تام، إذ رد الحکم إنما یحرم إذا لم یعلم الإنسان بطلانه، وإلاّ فقوله (علیه السلام): «فإذا حکم بحکمنا»، یلزم فیه أن یکون حکمهم، فإذا علم أنه لیس حکمهم (علیهم السلام) فهل الواجب اتباعه، ومثله إذا حکم الحاکم بأنه قاتل، فهل یجوز له أن یسلم نفسه للقصاص وهو یعلم أن القاتل غیره، أو أنه مات حتف أنفه لم یقتله أحد، إلی غیر ذلک من الأمثله.

{وفی وجوب إبقاء الزرع إلی البلوغ علیه مع الأجره إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره بالإزاله} أو إزاله نفسه له {وجهان}.

قال فی القواعد: (وللزارع التبقیه إلی وقت الأخذ).

وقال فی مفتاح الکرامه: (لأنه مأذون فیه، کما فی الشرائع والتذکره، ولاعتراف المالک أنه زرع بحق، کما فی جامع المقاصد والمسالک ومجمع البرهان) انتهی.

ص:۱۳۳

هـذا وجه الإبقـاء، وأما وجه الإزاله فلأنه لما أنكر الزارع الحصه كان كمنكر الأجره، حيث يجوز للمؤجر إخراجه من الـدار، فإن الإذن كان مقيداً بإعطاء الحصه، فإذا ذهب القيد ذهب المقيد.

لا يقال: إن الأمر بالإزاله ضرر على الزارع.

لأنه يقال: أولاً: لا يلازم الإزاله الضرر، إذ من الممكن تساوى قيمه القصيل والحصيد، أو زياده الأول على الثانى.

وثانياً: على فرض أنه ضرر،

فأولاً: قد يوجه نفس الزارع هذا الضرر إلى نفسه بإنكاره المزارعه وهو يعلم بها، والمالك عالم بأنه ينكر عصياناً.

وثانياً: «لا ضـرر» الزارع معارض بسـلطنه المالك وبلا ضـرره إذا كان الإبقاء بالأجره ضـرراً عليه، لأنه إذا قلعه أعطاه لمزارع آخر يعطيه الحصه وهى أكثر من الأجره بكثير.

هـذا، ولكن قـد تقـدم أن «لا ـ ضـرر» الزارع مقـدم على سـلطه المالك، إذا لم يكن ضـرر على المالك، وأما إذا كان ضـرر على المالك تعارضا وتساقطا، وقدم دليل السلطنه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلاـم المسـتمسك حيث قال: (لا يعارض ضـرر الزارع بالضـرر الوارد على المالك من إبقاء الزرع، لأن المالك مقـدم على هذا الضـرر، سواء كان العقد مزارعه أم عاريه)، إذ فيه: إن المالك لم يقدم إلّا بعنوان المزارعه ذات الحصه، فإذا انتفت بإنكار الزارع لم يكن إقدام.

ص:۱۳۴

وإن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.

نعم لو كانت الأجره أكثر أو مساويه للحصه لم يكن ضرر على المالك، فلا يشمله دليل «لا ضرر»، فتحصل: أنه قد لا يكون ضرر على الزارع، كما إذا لم يكن فرق بين القصيل والحصيد، وقد لا يكون ضرر على المالك، كما إذا لم تنقص الأجره على الحصه.

ففى الأول: وجب القلع على الزارع إذا طلبه المالك.

وفى الثانى: لا حق للمالك فى إيجاب القلع.

وإذا كان هناك ضرران لهما، قدمت السلطنه، لتساقط الضررين فيبقى دليل السلطنه بلا معارض، وكذا إذا لم يكن لأيهما ضرر فرضاً.

{وإن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما} لأنه بعد التحالف أو النكول ينفى الحاكم كلا الأمرين، فلا عقد فى البين، وهو معنى الانفساخ.

أما فى الواقع فحيث عرفت أن الحكم لا يغير الواقع، يكون الأمر بيد المالك، فإن علم أنه عاريه صح له إبقاؤها أو فسخها، إذ إنكار كونها عاريه ليس فسخاً، فإن الإنكار إخبار والفسخ إنشاء، مثلاً إنكار أنها زوجته عند عادلين، ليس طلاقاً إذا كانت زوجه فى الواقع.

وإن علم أنه مزارعه، فإن شاء أبقاها بلا بدل، ويطلبه واقعاً ما يصح له التقاص إن لم يحلف، ولا يصح له التقاص إن حلف، لما دل على إذهاب الحلف بالحق، إن لم نقل إن إذهاب الحق بالحلف خاص بالدين لا العين، فالحاصل عينه للمالك بقدر حصته، فله أخذه إذا تمكن

لأنه حقه، بل وإن قلنا: إن ذلك شامل للعين، إلاّ أنه يعلم ندم المزارع أو وارثه مثلًا فيعطيه حقه، وإن شاء فسخها لما تقدم من أن المزارعه كانت ببدل، فحيث يتعذر البدل كان للمالك الفسخ، كما أن المزارع إذا علم إنكار المالك حصته كان له الفسخ.

وبذلك تعرف وجوه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: (أما بالنظر إلى الواقع، فإن كان عاريه فإنكارها رجوع بها، أما إذا كان مزارعه فإنكارها لا أثر له، وحكم الحاكم لا يبدل الواقع، فلا موجب للانفساخ، بل يبقى وجوب العمل بها على تقدير ثبوتها بحاله حتى ينتهى الوقت) انتهى.

ص:١٣٦

مسأله ۲۶ لو اختلفا فی الغصب والمزارعه

(مسأله ۲۶): لو ادعی المالک الغصب والزارع ادعی المزارعه، فالقول قول المالک مع یمینه علی نفی المزارعه.

(مسأله ۲۶): {لو ادعی المالک الغصب والزارع ادعی المزارعه، فالقول قول المالک مع یمینه علی نفی المزارعه} قال فی القواعد: (أما لو قال: غصبتنیها، فإنه یحلف ویأخذ الأجره والأرش إن عابت وطم الحفر وإزاله الزارع).

وقال فی مفتاح الکرامه: (صرح بذلک کله الشرائع والتحریر والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالک ومجمع البرهان والکفایه).

أقول: استدلوا لقولهم بأن الأصل بقاء منافع أرضه علی ملکه، فالزارع مدع وعلیه البینه، فإن لم تکن بینه حلف المالک، لکن فی عاریه الخلاف ومزارعه التذکره أن القول قول الزارع، لأن المالک یدعی علیه عوضاً، والأصل براءه ذمته منه، ولأصاله صحه ید المسلم علی الأرض، فالمالک یدعی خلاف الأصل، هذا والأقرب أن المقام من التداعی، لأن کلًا منهما یدعی خلاف الأصل، فکل من الغصب والمزارعه خلاف الأصل.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول المستمسک: (إذا کان المعیار الغرض المقصود من الدعوی، فدعوی المالک الغصب راجعه إلی دعوی الضمان بأجره المثل علی العامل وهو منکر للمزارعه، وکلاهما علی وفق الأصل، وقد عرفت أن التحقیق هذا فیکون القول قول المالک) انتهی.

إذ قد تقدم أن المعیار فی التشخیص مصب الدعوی، لا الغرض المقصود منه.

ثم إذا كـان هـذا النزاع قبل نثر الحب تساقط الـدعويان ورجعت الأرض إلى المالك ظاهراً، وأما إذا علم بأنه مزارعه حقيقه كان سلب الزارع الأرض محرماً، وقد تقدم فى بعض المسائل السابقه أنه إن سـبب ضـرر العامل بسـبب بطالته كان ضامناً، كما رجحنا الضمان بالنسبه إلى من حبس الحر وما أشبه.

وإن كان بعد الحاصل كان للمالك بقدر الأجره، زادت عن الحصه أم لا.

نعم، إذا علم الزارع المزارعه لزم عليه إعطاؤه الزائد من الحصه على الأجره، لأن الإنكار من المالك لا يسقط حقه.

وإن كان بعد الزرع وقبل الحاصل فالكلام فى المقام كالمسأله السابقه فى الإزاله وعدمها.

ص:١٣٨

مسأله ۲۷ إذا قلعه المالک فماذا یصنع بالزکاه

(مسأله ۲۷): فی الموارد التی للمالک قلع زرع الزارع، هل یجوز له ذلک بعد تعلق الزکاه وقبل البلوغ، قد یقال بعدم الجواز إلاّ أن یضمن حصتها للفقراء، لأنه ضرر علیهم، والأقوی الجواز وحق الفقراء یتعلق بذلک الموجود وإن لم یکن بالغاً.

(مسأله ۲۷): فی الموارد التی للمالک قلع زرع الزارع، هل یجوز ذلک له بعد تعلق الزکاه وقبل البلوغ، قد یقال بعدم الجواز} وقد نسبه الجواهر إلی ابن الجنید، وتأمل فی صحه النسبه المستمسک، ووجهه أنه ضرر علی الأصناف وذلک لا یجوز.

{إلاـ أن یضمن حصتها للفقراء} وأقرانهم {لأـنه ضرر علیهم} وهم لم یقدمونه علیه وإنما أقدم المزارع، ولذا کان من الحق تحمله الضرر.

{والأـقوی الجواز} کما جعله المختلف الوجه، وذلک لأنه لیس بضرر علی الأصناف حتی ینفیه دلیل «لا ضرر»، بل هو عدم ربح.

{و} ذلک لأن {حق الفقراء یتعلق بذلک الموجود، وإن لم یکن بالغاً} فهو کما إذا أخرج المالک أغنام الراعی عن أرضه، مما یسبب عدم سمن الأغنام والتی فیها شاه الصدقه.

وبذلک یظهر أن استدلال المستمسک لذلک بقوله: (لأن حق الفقراء لا یزید علی حق صاحب الزرع، فإذا جاز قلعه بلا ضمان للمزارع، جاز أیضاً بالنسبه إلی مستحق الزکاه) محل نظر، إذ المهم بیان عدم ضرر الأصناف، وإلاّ فالتلازم بین الضررین أول الکلام.

ثم إن من الكلام فى الزكاه يظهر الكلام فى الخمس، حيث كان للمالك ربح بالزرع، فإن قلعه يوجب أقليه الخمس أيضاً.

أما إذا أبقاه المالك بالأجره، فهى تخرج من حق الزارع وأصحاب الخمس والزكاه على النسبه، كما أنه إذا أبقاه تبرعاً بلا أجره، فإن لاحظ المالك التبرع على الزارع كان للزارع إخراج الأجره بقدر نسبه مال الخمس والزكاه، لأن المالك تبرع بالأجره للزارع لا لهم، وإن لاحظ التبرع على الجميع كان فى كيس كل من الزارع وأصحاب الخمس والزكاه بالنسبه، فإذا تبرع المالك بالأجره له وكانت الأجره عشره ــ فى الزكوى الذى فيه العُشر ــ أعطى المالك عشر الحاصل إلاّ ديناراً، لأن الأجره قد تبرعت له، أما إذا تبرعها المالك لهما بالنسبه، أعطى عشر الحاصل كاملاً، كما هو واضح.

ومنه يعرف حال ما إذا تبرع المالك الأجره كلها للأصناف، حيث يعطيهم المالك العشر وعشره دنانير.

وكذا يعرف حال ما إذا تبرع ببعض الأجره التى على المالك للزارع، والبقيه للفقراء، أو بالعكس، فإن المعيار فى الكل إراده المالك.

مسأله ۲۸ إعطاء الأرض الخراجیه للغیر

(مسأله ۲۸): یستفاد من جمله من الأخبار أنه یجوز لمن بیده الأرض الخراجیه أن یسلمها إلی غیره لیزرع لنفسه ویؤدی خراجها عنه، ولا بأس به.

(مسأله ۲۸): {یستفاد من جمله من الأخبار أنه یجوز لمن بیده الأرض الخراجیه أن یسلمها إلی غیره لیزرع لنفسه ویؤدی خراجها عنه، ولا بأس به} لإطلاق الأدله، فإن الإطلاق یشمل ذلک، وإن لم تکن أخبار خاصه فکیف بوجود الأخبار.

مثل خبر إبراهیم بن میمون، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن قریه لأناس من أهل الذمه لا أدری أصلها لهم أم لا، غیر أنها فی أیدیهم وعلیها خراج، فاعتدی علیهم السلطان فطلبوا إلی فأعطونی أرضهم وقریتهم علی أن أکفیهم السلطان بما قل أو کثر، ففضل لی بعد ذلک فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض، قال (علیه السلام): «لا بأس بذلک، لک ما کان من فضل»([1]).

وعن داود بن سرحان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل تکون له الأرض علیها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فیدفعها إلی رجل علی أن یکفیه خراجها ویعطیه مائتی درهم فی السنه، قال (علیه السلام): «لا بأس»([2]).

وعن أبی برده بن رجا، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن القوم یدفعون أرضهم إلی رجل فیقولون: کُلْها وأدّ خراجها، قال (علیه السلام): «لا بأس

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۱۲ الباب۱۷ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۲

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۱۲ الباب۱۷ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

به إذا شاؤوا إن يأخذوها أخذوها»((۱)).

وخبر أبی الربیع قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام) فی الرجل یأتی أهل قریه، وقد اعتدی علیهم السلطان فضعفوا عن القیام بخراجها، والقریه فی أیدیهم ولا یدری هی لهم أم لغیرهم فیها شیء، فیدفعونها إلیه علی أن یؤدی خراجها، فیأخذ منهم ویؤدی خراجها ویفضل بعد ذلک شیء کثیر، فقال (علیه السلام): «لا بأس بذلک إذا کان الشرط علیهم بذلک»((۲)).

وهل هذا عقد خاص أو مراضاه، احتمالان:

وإن لم یبعد الأول، لأنه نوع عقد عرفاً، لکن ظاهر خبر أبی برده أنه غیر لازم، ولعله شرط ضمنی.

کما أن ظاهر هذه الأخبار عدم الفرق بین الأرض والقریه مما له حاصل، سواء الحاصل الزارعی أو التجاری بإیجار بیوتها ونحو ذلک.

ثم إنا قد ذکرنا فی الکتب الاقتصادیه أن المستفاد من بعض الأخبار، وقد أفتی بعض الفقهاء به: لزوم عدم الإجحاف فی المعاملات، فلا یحق لمستأجر القریه والأرض وأخذهما مزارعه أو نحوها الإجحاف بحق أهل القریه وإلاّ ردّ إلی الأجره العادله.

وقد تقدم فی بعض مسائل الکتاب أنه لا یضر هذا المقدار من الجهاله فی خراج السلطان إذا لم یکن غرراً عرفاً.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۱۲ الباب۱۷ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۳

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۱۲ و۲۱۳ الباب۱۷ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۴

مسائل متفرقه

مسائل متفرقه

الأولی: إذا قصر العامل فی تربیه الزرع فقل الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت

{مسائل متفرقه} راجعه إلی المزارعه.

{الأولی: إذا قصر العامل فی تربیه الزرع فقلّ الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت} لقاعده: «لا یتوی حق امرئ مسلم»((1))، وما أشبه، وقد سبق أن الحیلوله دون الإنسان والعمل، أو دونه وماله فلم یستفد منه موجب للضمان، لصدق «من أتلف» ونحوه، فقد أتلف العامل علی مالک الأرض منفعه أرضه.

وعلیه فلا ـ فرق بین أن یزرع کلها دون الزرع المثمر متعارفاً، أو لم یزرع بعض الأرض إطلاقاً، کما لا فرق بین کون ذلک عن تقصیر کما فی المتن، أو قصور.

ومنه یعلم الإشکال فی إشکال المستمسک علی ذلک، حیث قال: (لا دلیل علی ضمان النقص إلاّ قاعده الإتلاف وهی تختص بالنقص الطارئ علی الموجود کاملاً، ولا تشمل ما لو وجد ناقصاً، ویحتمل أن یکون المراد نقص العمل المؤدی

1- المستدرک: ج3 ص215 الباب46 من أبواب نوادر الشهادات ح5

بحسب تخمين أهل الخبره، كما صرح به المحقق القمی (قدس سره) فی أجوبه مسائله.

إلی نقص الحاصل، وفیه: إن الأعمال الذمیه لا تکون مضمونه) انتهی ملخصاً.

إذ «من أتلف» عرفی وهو شامل لکلا قسمی التلف.

وابن العم کبعض المعلقین الآخرین اختاروا کلام الماتن، حیث سکتوا علیه، خلافاً لآخرین حیث أشکلوا علیه فی أصل المسأله، وفی أن فتواه هنا تنافی اختیاره الوجه الخامس من الوجوه السته سابقاً فی مسأله ترک الزارع الزرع.

ثم الظاهر أن المالک إذا علم بذلک قبل البلوغ، له خیار الفسخ، حیث لم یعمل بشرطه، والکلام فی الحاصل الموجود والأجره ما تقدم فی شبه المسأله.

ثم إن التفاوت الذی للمالک حق فیه علی العامل إنما یعرف {بحسب تخمین أهل الخبره} لأنه طریق عقلائی إلی قدر الحاصل، والشارع لم یردع عنه، فیشمله دلیل «من أتلف» ونحوه، فإن موضوع التلف یعرف بهم.

{کما صرح به المحقق القمی (قدس سره) فی أجوبه مسائله}.

ثم إنه إذا قصر المالک فی إعطاء الأرض، إما بأن أعطاها بعد مده، حیث أضر ذلک بالزرع، أو أعطاها غیر خالیه من الموانع مع أنه کان علیه ذلک أو ما أشبه، کان علیه أیضاً ضمان التفاوت بنفس الدلیل المتقدم فی الفرع السابق.

ویأتی الکلام بالنسبه إلی البذر والعوامل إذا أعطی الثالث والرابع دون ما ینبغی، وقد تقدم الکلام فی مثل هذه الأمور فی مسأله سابقه.

یبقی شیء، وهو أن العامل إذا

الثانیه: إذا ادعی المالک علی العامل عدم العمل بما اشترط فی ضمن عقد المزارعه من بعض الشروط، أو ادعی علیه تقصیره فی العمل علی وجه یضر بالزرع، وأنکر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصیر فیه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن فی عمله

أکثر من العمـل زائـداً عن المتعـارف، فهـل یعطی کـل الحصه للمالک، أو بمقـدار حقه من الحصه المقرره بزیاده حقه لما أخذ الزرع الزائد من أرضه، الظاهر الثانی.

وعلیه فکـل الزائـد باسـتثناء حق الأرض للزارع، مثلاًـ کـان المتعـارف إعطـاء مائه وسق، وبزیاده العمل أعطی مائتی وسق مما لم یشـمله دلیل المزارعه، فإن المائه الثانیه مشترکه بینهما، هـذا بقدر أرضه والعامل حسب عمله، لما ذکرناه مکرراً من أن الحاصـل یشترک فیه العمل والأرض.

{الثانیه: إذا ادعی المالک علی العامل عدم العمل بما اشترط فی ضـمن عقد المزارعه من بعض الشـروط، أو ادعی علیه تقصـیره فی العمل علی وجه یضـر بالزرع، وأنکر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصیر فیه، فالقول قوله لأنه مؤتمن فی عمله} ولیس علی الأمین إلّا الیمین، ولو لا القاعـده المـذکوره لکان الأصل مع المالک، إذ الأصل عـدم الوفاء بالشـرط، والأصل عـدم فعل تمام ما کان علیه من العمل.

نعم لو کان التقصـیر بالزیاده کان الأصل مع الزارع، فقـد یـدعی أنه أعطی الزرع ماءً قلیلًا ففسـد، وقـد یدعی أنه أعطاه ماءً کثیراً ففسد.

أما لو انعکس الأمر، بأن ادعی الزارع علی المالک أنه سلمه أرضاً غیر صالحه،

وكذا لو ادعى عليه التقصير فى حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر.

ولـذا فسـد الزرع، مع أنه كـان الواجب عليه تسـليم الأـرض صالحه، أو أرضاً صالحه، حيث كانت الأرض الكليه مورد المزارعه، فالأصل مع الزارع لأن تسليم المالك الأرض الصالحه خلاف الأصل، إلاّ أن يقال: أصاله حمل فعل المسلم على الصحيح مقدمه على ذلك الأصل.

ومثله يقال فى الزارع أيضاً، لأصاله حمل فعله من الزراعه على الصحيح أيضاً.

ولوادعى أحـدهما فساد العقد فعلى الزارع الأجره على القول المشـهور، والآخر صـحته فالحصه، قدم قول مدعى الصـحه، لأصاله الصحه فى العقود كما تقدم مثله.

{وكذا لو ادعى عليه التقصير فى حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر} العامل ذلك، لقاعده «الأمين مؤتمن».

ولاـ يخفى أنه بالإضـافه إلى أنه «ليس على الأـمين إلاّـ اليمين» الـذى هو مورد النص والإجمـاع، يـدل على الحكم أيضـاً السـيره المسـتمره من المتشـرعه على قبول قول الأمين فيما اؤتمن عليه، كما ادعاها غير واحـد، بل عدّ فى الجواهر من الضـروريات قبول إخبار الوكيل فى التطهير.

وقال فى المستمسك: هو فى محله، ولذا يقبلون إخبار الأجير والمتبرع بالعمل ونحوهما.

نعم ينبغى أن يقال: إن الحاكم إذا شك فى صدق الأجير ونحوه فيما ادعى المسـتأجر ونحوه خيانته أو شكه فيه، كان له الفحص بالتحقيق وتفريق الأجراء ونحو ذلك، فلا يقال: إنه ليس عليه إلاّ الحلف وأنه يحق له أن لا يجيب عن

الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع

الأسئله الموجهه إليه حال التحقيق، لما يستفاد من المناط فيما ذكروه فى كتاب القضاء من التحقيق عن الشهود.

ويدل عليه أيضاً قاعده «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» الذى ادعى على صحتها الإجماع كثير من الأعاظم، فإن الوكيل يقبل قوله فى ما وكّل فيه، والحاكم فى أنه حكم بكذا، والزوج فى أنه طلق زوجته، والولى فى تصرفه فى شأن من شؤون المولى عليه، وذوى الميت فى غسل ميتهم والصلاه عليه، والوصى فيما أوصى إليه، إلى غير ذلك.

نعم يأتى فى كل ذلك تحقيق الحاكم عن المتهم منهم حتى بالنسبه إلى الحاكم السابق المعزول، مثلاً إذا ادعى عليه المحكوم عليه بالحيف وما أشبه، كما ذكروه فى كتاب القضاء.

أما قول المستمسك: (إن الجامع بين ما نحن فيه وبين قاعده من ملك هو أنه إذا كان الفعل وظيفه الإنسان فأخبر بوقوعه يقبل، سواء كان الجاعل للوظيفه الشارع المقدس أم غيره من الناس، والأول هو مورد قاعده من ملك، والثانى مورد قاعده خبر المؤتمن على فعل إذا أخبر بفعله) انتهى.

فيحتاج إلى التأمل حيث إن المؤتمن لا ـ فرق فيه بين أن يكون أميناً من الشارع أو الناس، فيشمله ليس على الأمين، كما يشمله قاعده من ملك، لأنه مالك.

{الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع} أو بغيره مما شرط فى ضمن عقد المزارعه، فإنها حيث كانت لازمه كان الشرط فى ضمنها لازماً أيضاً.

وأنكر أصل الاشتراط فالقول قول المنكر.

الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته، وبعده له الفسخ.

الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلى مده لزم

{وأنكر} الآخر {أصل الاشتراط} أو الزياده فيه مع قبول أصله، مثلاً قال: إنه شرط عليه عدم اشتراء البذر من فلان، فإنه شرط، أو قال: شرط عليه أن لا يزرع فى البرد، وقال الزارع: بل كان الشرط أن لا أزرع فى البرد الشديد لا مطلق البرد.

{فالقول قول المنكر} لما تقدم من أصاله العدم، وإذا كان المنكر الزارع فى ما ادعى مخالفه شرط عليه شمله «ليس على الأمين» وقاعده «من ملك».

{الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله} فله الخيار، أو العيب فى الأرض أو الزرع والعوامل، أو تخلف الوصف فيها، أو الاشتراط بأن شرط عليه أنه يحق له الفسخ أو ما أشبه.

{فعليه إثباته} لأصاله عدمه {وبعده} أى بعد الإثبات {له الفسخ} حسب الخيار، والمراد بـ (بعده) فى عالم الإثبات، وإلا فلو فسخ قبل ذلك وأثبت بعده أنه كان له الفسخ ثبت فسخه.

{الخامسه: إذا زارع المتولى للوقف الأرض الموقوفه} فإن لم تكن بمصلحه البطون بطلت، وإن كانت {بمصلحه البطون إلى مده لزم} العقد، لإطلاق أدله لزوم المزارعه.

ص:١٤٨

ولا تبطل بالموت

{ولا ـ تبطل بالموت} للمتولى أو البطن، لأن للمتولى الصلاحيه لذلك، لكن اللازم أن يقيد ذلك بحد صلاحيه المتولى، فإن الواقف إذا جعل متول فى كل مرتبه، كان معنى ذلك أن التوليه تنقطع بالموت وتصل النوبه إلى المتولى الذى بعده، فلا حق للمتولى فى التصرف أكثر من شأنه.

نعم حيث لا حد لعمر الإنسان بحيث يعلمه، يلزم أن يعمل المتولى حسب المتعارف، فلا يحق له أن يؤجر الوقف مائه سنه مثلاً، والحال أنه يعلم أن بعد خمسين سنه مثلاً تصل النوبه إلى متول بعده، وإلاّ كان جعل الواقف المتولى الذى بعده لغواً.

نعم إذا أعطى الواقف الصلاحيه فوق ذلك للمتولى ولو ارتكازاً، كان معناه عدم حق المتولى اللاحق، وله ذلك لأنه ملكه.

ومثل ذلك يجرى بالنسبه إلى الفقهاء الذين هم وكلاء الأئمه (عليهم السلام)، فإنه لا حق للفقيه فى تولى الشؤون إلى ما بعده، لأن المنصرف من الوكاله نفس مده بقائه عرفاً، وإلاّ لزم عدم الوكاله بالنسبه إلى من بعده من جهه هذا الشىء الذى تصرف فيه الفقيه السابق أكثر من حقه.

وعليه فإذا كان وقف متوليه الفقيه من جهه ولايته، وآجره مده خمسين سنه، أكثر من عمره حسب المتعارف، فمات وجاء الفقيه الثانى كان له الإجازه والفسخ، لأنه فضولى بالنسبه إلى الزائد من حقه.

وكذا بالنسبه إلى الولى والمتولى والوصى وما أشبه، فما تعارف من إجاره بعض الأوقاف تسعاً وتسعين سنه محل تأمل بالنسبه إلى البقاء، وإنما يفعل المتولى

وأما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفه ثم مات فى الأثناء قبل انقضاء المده، فالظاهر بطلانها من ذلك الحين لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق، كما أن الأمر كـذلك فى إجارته لها، لكن استشـكل فيه المحقق القمى (رحمه الله) بأن عقد المزارعه لازمه ولا تنفسخ إلاّ بالتقايل أو ببعض الوجوه التى ذكروها، ولم يذكروا فى تعدادها هذه الصوره

الآتى ما يراه صـلاحاً من الإجازه والرد، إلاّ إذا كان المرتكز من قصـد الواقف ذلك، مثلًا اضـطر المتولى إلى إيجاره لأنه انهـدم ولا يمكن تعميره إلاّ بإيجاره أكثر من عمره، إلى غير ذلك من الأمثله، والمسأله بحاجه إلى تأمل أكثر.

{وأمـا إذا زارع البطن المتقـدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفه، ثم مـات فى الأثنـاء} أو خرج عن الصـلاحيه {قبل انقضاء المده، فالظاهر} كونه فضولياً، إن شاء البطن اللاحق أجاز، وإن شاء رد.

وكـأنه هو مراده بقوله: {بطلانهـا من ذلـك الحين لانتقـال الأرض إلى البطن اللاحق} كما اقتضاه جعل الواقف {كما أن الأمر كذلك فى إجارته لها} وصلحه عليها، إلى غير ذلك.

{لكن استشـكل فيه المحقق القمى (رحمه الله) بـأن عقـد المزارعه لازمه ولا تنفسـخ إلاّ بالتقايل أو ببعض الوجوه التى ذكروها} كانقطاع الماء ونحوه مما تقدم.

{ولم يـذكروا فى تعدادها هذه الصوره} ولعله أراد ادعاء الإجماع على ذلك، ولم يكن عدم ذكرهم من باب عدم الالتفات إلى المسأله هنا، وذلك

مع أنهم ذكروا فى الإجاره بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات فى أثناء المده، ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعده فالتجأ إلى أن الإجاره أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق فى أثناء المده، وإن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق، وأن ملكيه السابق كانت إلى حين موته،

{مع أنهم ذكروا فى الإجاره بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات فى أثناء المده} فعدم ذكرهم فى المزارعه مع ذكرهم فى الإجاره دليل على أن بناءهم عدم البطلان، أو الخيار فى باب المزارعه.

{ثم استشعر} المحقق {عدم الفرق بينهما} الإجاره والمزارعه {بحسب القاعده} لأنهما من باب واحد، إن كان حق للبطن اللاحق فى الإجاره جرى فى المزارعه، وإن لم يكن حق فى المزارعه كانت الإجاره كذلك.

{فالتجأ إلى} الإشكال على المشهور فى الإجاره وقال: {إن الإجاره أيضاً} كالمزارعه {لا تبطل بموت البطن السابق فى أثناء المده} التى أجرها البطن السابق.

إن قلت: كيف لا تبطل والبطن اللاحق ليس وراء البطن السابق فى الحق، فليس مثل الملك حيث إن الوارث وراء المورث فى الملك.

قلت: {وإن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من} البطن {السابق، وأن ملكيه السابق كانت إلى حين موته} لأن الواقف لما ملك الملك ممتداً جعل كل قطعه من ملكيته الممتده لبطن من البطون مرتباً، وإنما تبقى الإجاره بعد موت البطن،

بدعوى أنه إذا آجر مده لا تزيد على عمره الطبيعي، ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره، فكما أنها فى الظاهر محكومه بالصحه كذلك عند الشارع وفى الواقع، فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجره إلى اللاحق لا الأرض بمنفعتها، إلى آخر ما ذكره من النقض والإبرام، وفيه ما لا يخفى،

{بدعوى أنه إذا آجر مده لا تزيد على عمره الطبيعي} حيث لا يحق له إيجاره أزيد من عمره الطبيعي قطعاً، لأن المالك ـ الواقف ـ لم يجعل له ذلك، كان {ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره} بقاء الإيجار بمقدار عمره الطبيعي، فإنه إذا شك فى بطلانه قبل انتهاء المده استصحب البقاء لتماميه أركان الاستصحاب {فكما أنها} أى الإجاره {فى الظاهر} بمقتضى الاستصحاب {محكومه بالصحه كذلك عند الشارع وفى الواقع} لأن الواقع أن كل بطن له حق بقدر عمره الطبيعي، والشارع قرر ذلك، حيث جعل «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها» {فبموت} البطن {السابق ينتقل ما قرره من الأجره إلى اللاحق} بدون أن تبطل الإجاره، وإنما يسدد المستأجر أقساطه إلى البطن اللاحق، فإذا كانت الإجاره هكذا كانت المزارعه كذلك {لا الأرض بمنفعتها} فإنها لا تنتقل إلى البطن اللاحق حتى تبطل الإجاره.

{إلى آخر ما ذكره من النقض والإبرام} لإثبات أن كلاً من مزارعه الأرض الموقوفه وإجارتها لا تبطل بموت البطن السابق.

{وفيه ما لا يخفى} مما تقدم، فإن الواقف جعل حق البطن السابق محدوداً

ص:١٥٢

ولا ينبغى الإشكال فى البطلان بموته فى المقامين.

والشارع أمضى ما جعله الواقف، فكيف يحق للبطن السابق أن يتصرف فى ما للبطن اللاحق، سواء فى الإجاره أو المزارعه أو غيرهما كالصلح ونحوه.

{ولا ينبغى الإشكال فى البطلان بموته فى المقامين} ولا مجال للاستصحاب بعد عدم تماميه أركانه، لأنه ليس شك فى اللاحق، بل علم بالانقلاب عن الحاله السابقه.

ومنه يعلم حال ما إذا كانت العوامل أو الماء أو العبد وقفاً وجرت الإجاره أو المزارعه أو نحوهما عليها.

ثم إن موت البطن السابق قد يكون قبل الشروع فى عمل المزارعه، فلا شىء للبطن السابق، سواء أجاز البطن اللاحق أم لا، فإن أجاز كان العقد له بجميع مزاياه، وإلاّ بطل وردت الأرض إليه.

وقد يكون بعد انتهاء بلوغ الحاصل وتمام المزارعه فالحاصل كله للبطن السابق حسب الحصه المقرره له.

وقد يكون فى الأثناء، فإن أجاز البطن اللاحق المزارعه كان البطنان يشتركان فى الحصه للأرض كل بنسبه حقه فى الأرض، مثلًا كان للأرض النصف وكان قدر بقاء البطن السابق بقدر حقه فى ثلث النصف، كان له السدس، والسدسان للبطن اللاحق وهكذا، وإن لم يجز البطن اللاحق المزارعه بطلت وكان حكمه كما تقدم فى مسأله الفسخ والانفساخ.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى كلام السيد الجمال حيث قال: (لو كان موت البطن المتقدم بعد خروج وقت الزرع، فالظاهر صحه المزارعه بالنسبه إلى مزروع تلك السنه، ولو كان البطن المتقدم هو الزارع كان الزرع له بلا أجره

السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً.

عليه للبطن المتأخر، وكذلك الحال فى ثمره النخيل والأشجار أيضاً لو مات البطن المتقدم بعد ظهورها وترث الزوجه نصيبها من جميع ذلك) انتهى.

{السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعاً كان أو زارعاً}.

أولًا: لإطلاق الأدله.

وثانياً: نصوص خيبر، حيث كان الزراع كفاراً، وما تقدم من بعض الروايات الداله على مزارعه العلج.

لا يقال: إن كان المزارع كافراً أوجب تسليط الكافر على المؤمن،)ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا(.

لأنه يقال: إنه ليس بتسليط، وقد ورد أن الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) كان يعمل عند بعض الكفار كما فى البحار، أما خديجه (عليها السلام) حيث كان يعمل عندها الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) قبل الإسلام، فلم يعلم أنها كانت كافره، ولعلها كانت مؤمنه، كما ورد فى أبى طالب وفاطمه بنت أسد (عليهما السلام) وغيرهما، بالإضافه إلى أن ذلك كان قبل نزول الآيه المباركه.

أما المؤمن الذى يعمل عند الكافر الحربى، فالظاهر أنه لا احترام لعقده بالنسبه إليه، لأنه مهدور المال، وكذلك الحربى الذى يعمل عند المسلم، مثل مسلم يعمل فى مزرعه يهودى فى فلسطين، أو يهودى هناك يعمل فى مزرعه مسلم، ثم إذا اختلف طرفا المزارعه اللذان أحدهما مسلم والآخر كافر وراجعا حاكم المسلمين، كان عليه أن يحكم بحكم الإسلام، أو حكم الكفار الذى فيه نفع للمسلم من باب قاعده الإلزام، ولا يحق له أن يحكم بحكم الكفار بما فيه ضرر المسلم، للأصل

السابعه: فی جمله من الأخبار النهی عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض، وأنه لا ینبغی أن یسمی بذراً ولا بقراً، فإنما یحرم الکلام، والظاهر کراهته، وعن ابن الجنید وابن البراج حرمته، فالأحوط الترک.

بعد عدم قاعده الاستثناء هنا، أما إذا کان طرفا النزاع کافرین، فله أن یحکم بحکمنا بینهما أو بحکمهم، کما ذکرناه فی کتاب القضاء وغیره.

ثم إن القاضی الذی یرجع إلیه مزارعان مسلمان، له أن یحکم حسب اجتهاده أو تقلیده، إن قلنا بصحه کون القاضی المنصوب مقلداً، وإن کان حکمه مخالفاً لأحدهما أو کلیهما اجتهاداً أو تقلیداً، لما ذکرناه فی کتاب القضاء من حکم الحاکم حسب نظره، فراجع.

{السابعه: فی جمله من الأخبار} تقدمت فی المسأله الثانیه عشره {النهی عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض}، والظاهر أنه من باب المثال، وإلاّ فالحکم کذلک إذا جعل لأحدهما أکثر أو أقل.

{وأنه لا ینبغی أن یسمی} فی ضمن عقد المزارعه {بذراً ولا بقراً} وقد استدل الإمام (علیه السلام) بقوله: {«فإنما یحرم الکلام»} والمراد بالتحریم هنا عدم انعقاد المزارعه، بقرینه «یحلل الکلام»، وقد ذکر المراد به الشیخ (رحمه الله) فی المکاسب فراجع کلامه.

{والظاهر کراهته} لإعراض المشهور عنها {و} إن حکی {عن ابن الجنید وابن البراج حرمته} ومال إلی ذلک الجواهر، إذ الإعراض قوی جداً بحیث لا یدع مجالاً للریب، ولکن مع ذلک {فالأحوط الترک} فإن الاحتیاط سبیل النجاه.

ص:١٥٥

الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه أو غيره بعد التخمين بحسب المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً،

{الثامنه: بعد تحقق المزارعه على الوجه الشرعى يجوز لأحدهما} أو الثلاثه أو الأربعه إذا تعددوا {بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر} أو يصالح شخصاً خارجاً {عن حصته} إذا كان حسب الموازين العرفيه له حصه، لا ما إذا علم أن لا حصه له {بمقدار معين من جنسه} كالحنطه بالحنطه {أو غيره} وذلك لعمومات الصلح من دون مانع فى المقام، وعن الجنس غير ضائر بتوهم الربا لما تقدم فى مسأله العشرين من أنه من جهه فساد الأموال كما فى النص، وهذا ليس منه، لا لأنه ليس بمكيل ولا موزون، كما علله المستمسک.

{بعد التخمين} وهل يصح بدونه، الظاهر ذلك إذا لم يكن غرراً، وقول المستمسک: (إن النهى عن الغرر خاص بالبيع) قد تقدم الإشكال فيه.

وعليه فلابد أن يكون التخمين {بحسب المتعارف} والظاهر أن القيد توضيحى، لأن التخمين ظاهر فى ذلک.

{بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً} لإطلاق أدله الصلح، وليس هذا من بيع الثمره حتى يستشكل فيه قبل ظهوره.

نعم لابد من العلم ولو العادى بظهوره فى المستقبل، وإلاّ فإذا لم يثبت طرف الصلح لم يصح الصلح، وإذا صالح ولم يظهر ظهر بطلان الصلح، إذ تبين أنه لم يكن له موضوع.

ص:۱۵۶

كما أن الظاهر جواز مصالحه أحدهما مع الآخر عن حصته فى هذه القطعه من الأرض بحصه الآخر فى الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأخرى للآخر، إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر وفى أصل العقد.

{كما أن الظاهر جواز مصالحه أحدهما مع الآخر عن حصته فى هذه القطعه} الخاصه {من الأرض بحصه الآخر فى} القطعه {الأخرى} لإطلاق أدله الصلح، وكذلك عن حصته فى نوع مزروع بحصه الآخر من مزروع آخر، سواء فى هذه المزارعه إذا كان المزروع أنواعاً أو مزارعه أخرى أو ملك آخر له، كل ذلك لإطلاق الأدله.

{بل الظاهر جواز تقسيمها} لإطلاق دليل القسمه، ولأن «الناس مسلطون على أموالهم» بشرط أن لا يكون غرراً أيضاً.

{بجعل إحدى القطعتين لأحدهما، والأخرى للآخر} والتقسيم غير الصلح كما لا يخفى على من راجع بابيهما فى كتاب الصلح وكتابى القضاء والشركه.

{إذ القدر المسلّم لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر} كما هو مقتضى المزارعه، فلا يصح أن يجعل لكل واحد حصه فى قطعه، أو مزروعاً خاصاً إذا كان يُزرع قسمان أو أكثر.

{وفى أصل العقد} فلا ينافى الصلح، أو التقسيم بعد ذلك.

وكذلك يصح أن يجعل بعد المزارعه حصته لشريكه فى المقطع الثانى فى ما كان ذا قطعات، أو إذا زرع مرتين فى السنه فى عقد مزارعه، بأن يجعل هذا الزرع له، والثانى لشريكه، وكذا إذا جعل بالصلح لأحدهما الحب وللآخر التبن مثلاً، إلى غيرها من الصور.

التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، وفى السنه الأولى، بل يجوز المزارعه على الأرض بائره لا يمكن زرعها إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنه أو أزيد، وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفه وقفاً عاماً أو خاصاً، وصارت بائره يجوز للمتولى أن يسلمها إلى شخص بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد، حسب ما تقتضيه المصلحه،

{التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر} إذ لا دليل على هذا القيد، فأدله المزارعه تشمل هذه الصوره من غير مقيد، كما أنه كذلك بالنسبه إلى البذر والعامل والعوامل، فإذا لم تكن صالحه حال العقد لاحتياج البذر إلى تنقيه وكانت العوامل صغيره والعامل مريضاً مثلاً، لم يضر بصحه المزارعه.

{وفى السنه الأولى} إذا عقدت المزارعه لسنوات {بل يجوز المزارعه على أرض بائره} بعدم الماء أو كثرته أو الأملاح أو غير ذلك {لا يمكن زرعها إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنه أو أزيد}.

نعم إذا لم يمكن الإصلاح لها فى هذه السنه لم يصح مزارعتها لهذه السنه لعدم الموضوع، وكذلك فى البذر، إذا لم يمكن تحصيله من يد الغاصب، وعقدت الزراعه على هذا البذر الشخصى فى هذه السنه، وكذلك بالنسبه إلى العامل والعوامل.

{وعلى هذا، إذا كانت أرض موقوفه وقفاً عاماً أو خاصاً، وصارت بائره، يجوز للمتولى أن يسلمها إلى شخص} أو أكثر {بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد، حسب ما تقتضيه المصلحه} إذ لا حق للمتولى إلّا

على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلًا لنفسه، ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعه بحصه معينه.

العمل بـذلك، أو حسب عـدم المفسده إذا لم نشترط المصـلحه، كما هو كذلك فى مال الصـغير {على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلًا لنفسه} فلا تكون للموقوف عليه والمولى عليه، وكذلك بالنسبه إلى الوصيه بالثلث ونحو ذلك.

{ثم يكون الحاصـل مشتركاً بالإشاعه بحصه معينه} وحيث كان ذلك متعارفاً فى الأوقاف ذكره المصـنف، فلا مانع فيه من جهه الوقف ولا من جهه المزارعه.

وعليه فإشـكال المسـتمسك على المصـنف (رحمه الله) (بـأن هـذا لا دخل له فى تفريع جواز المزارعه على أرض الوقف البائره، على مـا ذكره من جواز انفصـال الزرع عن سـنه عقـد المزارعه، بـل كان له الأول تركه، لأن اختصاص الزرع بالعامل فى السـنتين الأولـيين مثلاًـ ينـافى وضع المزارعه من لزوم كون الحاصل مشتركاً)، إلى آخر كلامه غير ظاهر الوجه، وما المانع من شـرط مثل ذلـك فى سـائر المزارعـات، بـأن يقول: زارعتـك الأرض سـنتين بشـرط أن يكون الحاصل فى السـنه الثالثه لى مثلًا، سواء تلفظ بالشرط أو جعله شرطاً ضمنياً.

ثم إن مـا ذكره من اسـتظهار عـدم تمـاميه كفايه كون الزرع مشتركاً فى بعض السـنين، بل اللازم اشتراكه دائماً مسـتدلاً بصـحيح الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السـلام): «لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به». وقال: «لا بأس بالمزارعه بالثلث والربع والخمس»

العاشره: يستحب للزارع ــ كما فى الأخبار ــ الدعاء عند نثر الحب بأن يقول: «اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكباً»

انتهى، غير تام، كيف والروايه لا دلاله فيها على المنع بعنوان الشرط الضمنى بل المزارعه أيضاً، إذ عدم شمول القسم المذكور فى الروايه له لا يدل على عدم الصحه، لأنه من باب مفهوم اللقب، مع أنه متعارف عند أهل الزراعه كما سلّم به المستمسک، فيشمله دليل المزارعه، لأن عمل الشرع إمضائى، فما لم يدل على المنع لا وجه لمنعه، فقوله: (نعم يمكن البناء على صحته لا بعنوان المزارعه بل بعنوان عقد آخر غيرها لكنه ليس من الكتب المحرره فى كتب الفقهاء)، لا يخفى ما فيه من النظر.

وكيف كان، فمثل ذلک جار فى الوقف كما يجرى فى الملک، سواء كان وقفاً عاماً مثل الوقف للمسجد، أو خاصاً كالوقف للذريه، ولذا الذى ذكرناه سكت على المتن جمله من المعلقين كالساده ابن العم والجمال والبروجردى وغيرهم، وإن قال بعضهم: (إنه يصح من حين الاشتراک، لا وقت عدمه، فإنه يصح بعنوان الشرط فى ضمن المزارعه، والله العالم).

{العاشره: يستحب للزارع ــ كما فى الأخبار ــ الدعاء عند الحب بأن يقول} كما فى خبر شعيب العقرقوفى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا بذرت فقل: {اللهم قد بذرنا وأنت الزارع فاجعله حباً متراكباً»} وفى نسخه أخرى: «مباركاً»(1).

ص:١٦٠

١- الوسائل: ج١٣ ص١٩٧ الباب٥ من أبواب المزارعه والمساقاه ح٢

وفى بعض الأخبـار: «إذا أردت أن تزرع زرعـاً فخـذ قبضه من البـذر واسـتقبل القبله وقـل:)أَفَرَأَيْتُمْ ما تَحْرُثُونَ، أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ(ثلاث مرات، ثم تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: "اللهم اجعله حباً مباركاً وارزقنا فيه السـلامه"، ثم انثر القبضه التى فى يدک فى القراح».

{وفى بعض الأخبار} عن ابن بكير، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): {«إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضه من البذر»}.

أقول: إذا كان البذر بواسطه الآله لم يبعد استحباب ذلک مع أول نثرها.

{«واستقبل القبله وقل:)أفرأيتم ما تحرثون، أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون(ثلاث مرات»} تقرأ الآيه التى هى من سوره الواقعه.

{«ثم تقول: بـل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: "اللهم اجعله حباً مباركاً وارزقنا فيه السـلامه" ثم انثر القبضه التى فى يـدک فى القراح»([(١)](#)}.

ولا يبعد كفايه قراءه ذلک بأيه لغه كانت له، أما إذا فسر الآيه فلم يقرأ الآيه الكريمه.

وهل يستحب مثل ذلک فى شتل الفسيل مما ليس بنثر الحب، لا يبعد ذلک.

ثم إنهم ذكروا فى توقيفيه الأسـماء أنه لاـ يصـح إلاّـ الوارد حتى بصـيغته، فلم يجز أن يسـمى الله مـاكراً، ولاـ مضـلاً، مع أنه ورد)ومكر الله(،)ومن يضلل الله(، فهذه الروايه تدل على جواز إطلاق الزارع عليه سبحانه.

١- الوسائل: ج١٣ ص١٩٧ الباب٥ من أبواب المزارعه والمساقاه ح٣

وفی خبر آخر: «لما هبط آدم (علیه السـلام) إلی الأرض احتاج إلی الطعام والشراب، فشکا ذلک إلی جبرئیل، فقال له جبرئیل: یا آدم کن حراثاً، فقال (علیه السـلام): فعلمنی دعاءً، قال: قل: اللهم اکفنی مؤنه الـدنیا وکل هول دون الجنه، وألبسـنی العافیه حتی تهنئنی المعیشه».

{وفی خبر آخر} عن مسـمع، عن أبی عبد الله (علیه السـلام) قال: {«لما أهبط آدم (علیه السـلام)، إلی الأرض احتاج إلی الطعام والشراب، فشکا ذلک إلی جبرئیل، فقال له جبرئیل: یا آدم کن حراثاً، قال (علیه السلام): فعلمنی دعاءً»} ولا ینافی ذلک:)وعلّم آدم الأسماء کلها((۱))، لأن الأنبیاء (علیهم السلام) کانوا یتبعون الوحی وإن علموا بالشیء، وذلک لأکثریه التواضع له سبحانه.

{«قال: قل: اللهم اکفنی مؤنه الدنیا وکل هول دون الجنه»} أی قبلها {«وألبسنی العافیه حتی تهنئنی المعیشه»((۲))}.

هـذا والظـاهر أنه دعـاء عـام لا ـ أنه خـاص بوقت الزرع، لکن الوسائـل ذکره فی هـذا الباب فاتبعه المصـنف، ولعله لأجل مقـدمه الکلام، وإن کان فی دلالتها علی مطلوبهما نظر.

وعن علی بن محمد رفعه، قال (علیه السـلام): «إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقرأ علی کل عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا یکاد یخطئ إن شاء الله»((۳)).

۱- سوره البقره: الآیه ۳۱

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۹۶ الباب۵ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۹۷ الباب۵ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۴

وعن محمد بن يحيى رفعه، عن أحدهما (عليهما السلام): «تقول: إذا غرست أو زرعت:)ومثل كلمه طيبه كشجره طيبه، أصلها ثابت وفرعها فى السماء، تؤتى أكلها كل حين بأذن ربها(»((۱)).

وفى المستدرك روايتان فى هذا الباب، إحداهما مثل ما تقدم، والثانيه عن ابن فهد فى رقيه الدود الذى يأكل المباطخ والزرع((۲)).

ص:۱۶۳

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۹۷ الباب۵ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۵

۲- المستدرك: ج۲ ص۵۰۲ الباب۴ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۲

كتاب المساقاه

اشاره

كتاب المساقاه

ص:۱۶۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۱۶۶

کتاب المساقاه

قال فی مفتاح الکرامه: (قد طفحت عبارات الأصحاب من المقنعه إلی الریاض بلفظ المساقاه، وإنما خلت عنه عباره المقنع والانتصار).

قال فی المستمسک: (إن لفظ المساقاه لم یذکر فی الکتاب والسنه، ولا فی أخبار الأئمه (علیهم السلام) وإنما ذکر مفهومها والمراد منها فی النصوص).

أقول: أخذ هذا من صاحب الحدائق، حیث أشکل علی الفقهاء بأن هذا الاسم لم یرد فی الأخبار، وإنما هو شیء اصطلحوا علیه، وتبعوا العامه فی التسمیه بهذا الاسم.

لکن فی مفتاح الکرامه: (فی صحیحتی یعقوب بن شعیب: «هذا من الماء وأعمره ولک نصف ما خرج»((1)). وفی صحیحتی الحلبی وغیره: «إن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعطی خیبر بالنصف أرضها ونخلها بالمساقاه»((2)). ولهذا استدل علیها جماعه بالأخبار کالشیخ والراوندی وأبی العباس وغیرهم)، انتهی.

وفی المستدرک: روی عن الدعائم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، أنه

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۲ الباب۹ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۲
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۱ الباب۹ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

الأدله على مشروعيه المساقاه

وهى معامله على أصول ثابته بحصه من ثمرها،

سئل عن المساقاه، فقال: «هو أن يعطى الرجل أرضه وفيها أشجار أو نخل، فيقول: أسق هذا واعمره واحرثه ولك مما تخرج كذا وكذا بشيء بنسبه، مما أتفقا عليه من ذلك، فهو جائز»((١)).

قال فى القواعد: (وهى مفاعله من السقى، وسميت به لأن أكثر حاجه أهل الحجاز إليه لأنهم يسقون من الآبار).

أقول: لعل العلامه أراد أن أهل الحجاز يستأجرون عمالاً للسقى معهم، فكل من صاحب الأرض والعامل يسقى من البئر، وبهذه المناسبه سميت مساقاه لتعاونهم فى السقى، ولعل الأظهر أنه من قبيل المزارعه، من أحدهم الأشجار ومن الآخر السقى، فهو من باب التغليب، أو لأنه يسقى سقياً بعد سقى، من قبيل المطالعه، كما تقدم فى كتاب المزارعه.

{و} كيف كان، فـ_ {هى معامله على أصول ثابته}، وفى بعض العبارات (نابته) بالنون بدل الثاء. {بحصه من ثمرها}، والمراد بالأصول الثابته كما سيأتى فى الشرط السادس قبال المقلوعه، أو الودىء، ولكن اللازم أن يقال: بصحه المساقاه حتى فى المقلوعه والودىء إذا أريد غرسها وسقيها.

ص:١٦٨

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٢ الباب٧ من أبواب المزارعه والمساقاه ح١

ولا إشـكال فى مشـروعيتها فى الجمله، ويدل عليها مضافاً إلى العمومات: خبر يعقوب بن شعيب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهه ويقول: اسق هذا من الماء،

ومنه يعلم صحه المساقاه بالنسبه إلى النباتات، كالنعناع والفجل والأزهار، وما لا ثمر له وإنما فائدتها الظل والحطب، وما يزرع فى المزهريـات، ومـا ينبت على الحيطـان للتجميـل، ومـا له ثمر، ونحو ذلـک من کـل الأقسـام، لإطلاق الـدليل أو مناطه، ولأنه عمل عقلائى والشـارع لم يمنع عنه، فيشـمله:)أوفوا بـالعقود(ونحوه، وإن كـان ذلـک لو لاـ الإطلاـق أو المناط لم يجعل منه معامله خاصه، كما تقدم شبه الكلام فى ذلک فى باب المزارعه والمضاربه.

{ولاـ إشـكال فى مشـروعيتها} فإنه بالإضافه إلى النص مجمع على صـحتها، كما فى الحـدائق والجواهر ومفتاح الكرامه وغيرها، {فى الجمله} بالشروط والخصوصيات الآتيه.

{ويدل عليها مضافاً إلى العمومات} مثل)تجاره عن تراض(، و)أوفوا بالعقود(ونحوهما، {خبر يعقوب بن شـعيب} المروى فى كتب المشايخ الثلاثه، وطريقان منه صـحيح {عن أبى عبد الله (عليه السـلام)، سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهه} أى سائر الفواكه {ويقول: اسق هذا من الماء

واعمره ولک نصف ما أخرج، قال (علیه السلام): «لا بأس»، وجمله من أخبار خیبر، منها صحیح الحلبی قال: أخبرنی أبو عبد الله (علیه السلام) أن أباه حدثه: «أن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعطی خیبراً بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدرکت الثمره بعث عبد الله بن رواحه»، هذا مع أنها من المعاملات العقلائیه ولم یرد نهی عنها و

واعمره ولک نصف ما أخرج} هل یصح هذا، {قال (علیه السلام): «لا بأس»}([(۱)](#content_note_170_1))، وقد تقدم خبر الدعائم وغیره.

{وجمله من أخبار خیبر، منها صحیح الحلبی} الذی رواه الکافی بسند صحیح، والإشکال فی الصحه لأجل إبراهیم بن هاشم غیر تام، کما تقدم فی بعض الکتب، ولذا جعله الفقیه الهمدانی (رحمه الله) من الصحاح.

{قال: أخبرنی أبو عبد الله (علیه السلام) أن أباه (علیه السلام) حدثه: «أن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعطی خیبراً بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدرکت الثمره بعث عبد الله بن رواحه للخرص»([(۲)](#content_note_170_2))} للخرص، کما تقدم فی مسأله الخرص من کتاب المزارعه، حیث إن النخل کان علی نحو المساقاه، بینما کانت الأرض علی نحو المزارعه.

{هذا مع أنها من المعاملات العقلائیه ولم یرد نهی عنها} فیشمله:)أوفوا بالعقود(، لا بعنوان أنه عقد جدید، بل العقد الذی یجریه العقلاء وهو المساقاه، إذ (أوفوا) شامل لکلا القسمین: العقد الجدید والعقود العقلائیه المعنونه، کما

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۴ الباب۱۱ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

۲- المستدرک: ج۲ ص۵۰۳ الباب۱۲ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۳

لا غرر فيها حتى يشملها النهى عن الغرر، ويشترط فيها أمور:

الأول: الإيجاب والقبول، ويكفى فيها كل لفظ دال على المعنى المذكور، ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً، بل الجمله الاسميه مع قصد الإنشاء

ألمعنا إلى ذلك مكرراً.

{ولا غرر فيها حتى يشملها النهى عن الغرر} إذ الغرر عرفى، والعرف لا يرى فيها غرراً، فقول المستمسك: فيه منع ظاهر، غير ظاهر الوجه، وقد تقدم مثله فى باب المزارعه.

{ويشترط فيها أمور}:

{الأول: الإيجاب والقبول} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، وذلك لأنها عقد، ولا تحقق له إلاّ بهما، أما أنها عقد فلأنها تحدد سلطنه شخصين سلطنه المالك على أشجاره، حيث يجعلها تحت يد الساقى، وسلطنه الساقى على نفسه، حيث يجعل منافع نفسه تحت اختيار المالك.

ثم لا فرق فى ذلك بين تعدد الموجب والقابل فى الإجراء، أو وحدتهما، كما إذا كان وكيلاً عنهما، أو ولياً لهما، أو كان بين نفسه ومن هو ولى أو وكيل عنه مثلاً، وذلك لتحقق العقد المعتبر، فاحتمال عدم كفايه الواحد غير ظاهر الوجه.

{ويكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور} لإطلاق الأدله بعد عدم دليل على لفظ خاص، ولذا قال فى القواعد: (فى الإيجاب كل لفظ دال على المقصود، وفى القبول هو اللفظ الدال على الرضا).

{ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً، بل الجمله الاسميه مع قصد الإنشاء}، والإشكال

بأى لغه كانت، ويكفى القبول الفعلى بعد الإيجاب القولى، كما أنه يكفى المعاطاه.

فى الأمر بأنه ليس إنشاءً للمفهوم الإيقاعى، فلا يكون إيجاباً ولا قبولاً، كما فى المستمسک، غير ظاهر الوجه، بعد أن الإنشاء يتحقق به والعقد يؤدى به عرفاً، وقد تقدم فى بعض الروايات لفظ: (اسق).

وكذا يأتى بالجمله الاسميه لما ذكرناه، من غير فرق بين الصريح والمجاز والكنايه، إذا تحقق العقد عرفاً بها، لعدم دليل على الخصوصيه.

وعلى هذا، فكلام الشرائع وغيره حيث ألزموا لفظ الماضى، فيه منع، كما أنه قد تقدم فى بحث المزارعه مسأله الإيجاب والقبول، وأنه يمكن الإيجاب من أى منهما، كما يمكن التعاطى بدون عنوان الإيجاب والقبول، فراجع.

{بأى لغه كانت} بل قد عرفت هناک كفايه الإشاره المفهمه مع قصد الإنشاء، لصدق العقد بذلک.

{ويكفى القبول الفعلى بعد الإيجاب القولى} لشمول العقد لهما، حيث إن مقوم العقد عند العرف التزام نفسى ومظهر، ولذا يتحقق باللفظين وبالعملين وبلفظ وعمل، سواء كان الإيجاب لفظاً والقبول عملا أو بالعكس.

ولذا قال: {كما أنه يكفى المعاطاه}، ولذا استشكل على جامع المقاصد والمسالک، حيث أشكلا فى جريان المعاطاه فى المقام، وقد علله المسالک باشتمال هذا العقد على الغرر وجهاله العوض، بخلاف البيع والإجاره، فينبغى الاقتصار فيه على موضع اليقين.

الثانی: البلوغ والعقل والاختیار.

الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس.

الرابع: کون الأصول مملوکه عیناً ومنفعهً، أو منفعه فقط،

وفیه أولاً: لا جهاله ولا غرر عرفاً، وقد تقدم أن الغرر وجوداً وعدماً میزانه العرف.

وثانیاً: إنهما إن ضرا لا فرق بین اللفظ وغیره، اللهم إلّا أن یرید أن الخارج ما کان أقل غرراً، واللفظ یقلل الغرر، لأنه أوضح فی مفاده من العمل، وفیه: عدم تسلیم الفرق بالأقلیه والأکثریه.

ومنه یظهر النظر فی قول مفتاح الکرامه، حیث قال: (والأصح أنه لابد فی اللزوم من اللفظ).

أما استدلال المستمسک للصحه بقوله: (وفی المقام وإن کان صحیح یعقوب المتقدم یختص باللفظ، لکن روایات خیبر عامه له وللفعل).

ففیه: إن روایات خیبر حکایه فعل، والفعل لا عموم له ولا إطلاق، ویکفی فی عدم الاحتیاج إلی اللفظ عدم دلیل علیه بعد أن العرف الذین هم الأصل لا یرون للفظ مدخلاً.

{الثانی: البلوغ والعقل والاختیار} وأن لا یکون مفلساً ولا سفیهاً، کما تقدم وجه کل ذلک فی کتاب المزارعه، فلا حاجه إلی تکراره، وقد ذکرنا هناک أن فلس العامل غیر ضار، کما ذکرنا مسأله الصبی والمجنون الأدواری والسکران، إلی غیر ذلک.

فقوله: {الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس} بإطلاقه منظور فیه.

{الرابع: کون الأصول مملوکه عیناً ومنفعهً} کالأملاک الأخر {أو منفعهً فقط}،

أو كونه نافذ التصرف فيها لولايه أو وكاله أو توليه.

الخامس: كونها معينه عندهما معلومه لديهما.

كما إذا استأجرها {أو كونه نافذ التصرف فيها لولايه أو وكاله أو توليه} كالولايه على الصغير، والتوليه فى الوقف، وذلك لأنه لولا الملك ونحوه كانت المعامله فى أموال الناس فضوليه.

ولو لم يكن ملك أحد كالغابه لا حق له قبل الحيازه حتى يجعل بعضها للساقى.

وولايه الحاكم فى الأوقاف العامه والمفتوحه داخله فى الولايه، والوصى بالنسبه إلى ثلث الميت داخل فى التوليه، لأن ما كان معيناً من الشارع داخل فى الأول، وما كان من قبل إنسان داخل فى الثانى.

{الخامس: كونها معينه عندهما} فلا يكون كلياً، ولا مردداً {معلومه لديهما} فلا يكفى المعين المجهول، كما إذا علم أنه البستان الفلانى، لكن لا يعرف كم فيه من الأشجار، أو كيف يسقى بالداليه أو غيرها، واللازم (عندهما) إذ لا يكفى علم أحدهما.

ولا يخفى أن العلم قد يحصل بالوصف، وقد يحصل بالرويه، وكلاهما كاف، إذ لا دليل على لزوم أحد الأمرين، خلافاً للإرشاد ومجمع البرهان حيث شرطا الرؤيه، واستدل لها ثانيهما بأنه مع عدم الرؤيه مجهول، وفيه: إنه لا جهل إذا كانت رؤيه خبير، نعم إذا كانت رؤيه سطحيه لا ترفع الجاهله، أو عميقه عن غير خبير لم تنفع، لأن الغرر باق، كما أن ميزان الوصف هو رفع الغرر، لا التعمق ولا السطحيه.

ولذا قال فى جامع المقاصد عند قول القواعد: (معلومه): إما بأن تكون مرئيه مشاهده وقت العقد أو قبله، أو موصوفه بوصف يرفع الجهاله، ثم

السادس: كونها ثابته مغروسه فلا تصح فى الودى أى الفسيل قبل الغرس.

علله بأنه لو لا ذلک لزم الغرر، وقوله: (أو قبله) يريد به قبلاً قريباً، بحيث لا يكون غرر، كما هو واضح، إذ القبل البعيد الموجب للتغيير لا ينفع، حيث لا يرفعه.

ثم الظاهر صحه مساقاه كليه، إذ لا دليل على لزوم الشخصيه، كما أن الكلى فى المعين والكسر المشاع كذلک.

ومنه يعلم أن المردد داخل فى الكلى فى المعين، واستدلال المستمسک لمنعه بأن لا وجود للمردد فى الخارج، منقوض بالكلى فى المعين، والكسر المشاع، وعليه فاشتراط التعيين لا دليل عليه إلّا الانصراف من أدله المزارعه، وفيه: إنه بدوى، وكأنه لذا لم يأت مفتاح الكرامه لقول القواعد (معلومه) بدليل، أو أنه وكله إلى وضوحه لديه.

ثم إنه لو وصف وظهر خلاف الوصف، كان له خيار تخلف الوصف، إلّا إذا كان الموصوف مصباً للعقد أو مقيداً، فهو باطل كما تقدم وجهه فى المزارعه.

{السادس: كونها ثابته مغروسه} ذكره غير واحد، بل فى جامع المقاصد: لم ينقل فى ذلک خلاف لأحد، واستدلوا له بالإجماع وأصاله عدم الانعقاد بدون ذلک، وبأنه قد لا يعلق فلا موضوع للمساقاه، وبأنه غرر، وبأن المنصرف من النصوص والفتاوى الثابت.

{فلا تصح فى الوديّ} على وزن غنيّ {أى الفسيل قبل الغرس}.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ الإجماع على تقديره محتمل الاستناد، بل ظاهره، والأصل لا يقاوم

السابع: تعيين المده بالأشهر والسنين

الـدليل، وبـأنه قـد لا يعلق ــ كما اسـتدل به التـذكره ــ دليل أخص من المـدعى، ونادر جـداً، فهو مثل الاسـتدلال بأن الثابت قد يموت، ولا غرر عرفاً، والانصراف لو كان فهو بدوى.

وعليه فتصح المساقاه فيما لا أصول لها كالخضر، كما تصح فى مثل الفسيل ونحوه، اللهم إلّا إذا أريد الاحتياط.

ثم إذا قيل بأنه ليس مساقاه، يمكن جعله عقداً مسـتقلاً داخلاً فى)أوفوا بالعقود(، ولذا قال المسـتمسک: (إلّا أن يقال هذا بالنظر إلى أدله مشروعيه المساقاه، أما بالنظر إلى الأدله العامه فمقتضاها الصحه، وإن لم يكن بعنوان المساقاه).

{السابع: تعيين المده بالأشهر والسنين} الظاهر أنه لابد أن لا يكون غرر، أما ما عدا ذلك فلا دليل عليه، فيصح المساقاه ما دامت الأشـجار باقيه، وفى مـده معينه، وذلک لأنه إذا لم يعين أحـدهما لزم الغرر فيشـمله النهى، بخلاف ما إذا عين، وإطلاق النصوص السابقه يشـمل كليهما، فقول المسالک: (فلا تجوز المساقاه دائماً، فإنه يبطل العقـد قولاً واحداً، لأن عقد المساقاه لازم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً) انتهى، محل نظر.

ثم إنهم استدلوا لذلک بالإجماع، وبروايه أبى الربيع: «يتقبل الأرض من أربابها بشىء معلوم إلى سنين مسماه».

ويرد على الأول: إن جمله من الفقهاء كالمقنعه والمراسم والنهايه والخلاف لم يـذكروا ذلک، فكيف يـدعى الإجماع، بالإضافه إلى أنه محتمل الاستناد.

وعلى الثانى: إنه من مفهوم اللقب.

ص:۱۷۶

وكونها بمقـدار يبلغ فيه الثمر غالباً، نعم لا يبعـد جوازها فى العام الواحـد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشـهر، لأنه معلوم بحسـب التخمين، ويكفى ذلك فى رفع الغرر

ومنه يعلم كفـايه التعيين بمـا لاـ غرر فيه، وإن كـان مثـل بلوغ الثمر، لأنه معلوم عنـد العرف، والاختلافات القليله بين أوقات بلوغ الثمر لا يوجب غرراً عرفاً.

{وكونها بمقـدار يبلغ فيه الثمر غالباً} أى بمقـدار الحاجه، فإن كل قسم من الأشـجار يحتاج إلى الماء مده خاصه أحياناً إلى قبل البلوغ، وأحيانـاً إلى حين القطع للثمر، فليس المراد بلـوغ الثمر من غير نظر إلى ذلـك، فإشـكال المسـتمسك عليه: بجواز عـدم احتياج الشـجر إلى السـقى فى جميع المده إلى زمان البلوغ، وتكون المعامله على سقيه بمقدار الحاجه لا غير وتنتهى قبل البلوغ، محل إشكال.

ثم الظاهر أنه يصح أن يعامله على السـقى بعض المده، لأنه عمل عقلائى فى المساقاه لم يمنعه الشارع، ولو لم يكن إطلاق كفى فيه المناط، ويؤيده أنه يصح جعل عميلين للسـقى، ثم يبنيان بينهما على أن يسـقى كل واحد مده طوليه، مثل أن يسـقى أحدهما الشهر الأول، والثانى الشهر الثانى مثلاً.

ثم إذا كـان الشـجر لاـ يحتـاج إلى السـقى، إمـا لكفايه الأمطار له، أو لشـرب جـذوره من باطن الأرض أو ما أشبه ذلك، بطلت المساقاه، لأنها بلا موضوع.

{نعم لا يبعد جوازها فى العام الواحد} بل الأعوام المتعدده، لعدم الخصوصيه للواحد {إلى بلوغ الثمر} كما تقدم {من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين} عند العرف {ويكفى ذلك فى رفع الغرر} الذى قد

مع أنه الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمه.

الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر أو بعده وقبل البلوغ

عرفت سابقاً أن موضوعه عرفى.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المسالك، حيث رجح المشهور بعدم الجواز، وفى كلام القواعد بالإشكال فى صحته، وكذا قال فى التذكره: لو قدرت بإدراك الثمار لم تجز على إشكال.

أما الجواز فهو قول أبى على وجماعه، كما نقله مفتاح الكرامه، ولا يخفى أن إطلاق صحيح يعقوب المتقدم، وبناء العرف الذين هم الأصل فى هذه المعامله يشملانه.

ولذا قال المصنف: {مع أنه} أى الشمول لا خصوص بلوغ الثمر {الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمه}((١)).

ثم إن اللازم تعيين الابتداء ولو ارتكازاً لكونه معلوماً، وإلاّ لزم الغرر، كما أنه لو كان التخمين خطأً ظهر عدم الصحه، وأما إذا كان مما لا يخمن لاختلاف هواء المكان مما يتقدم تاره ويتأخر أخرى بما يوجب الغرر عرفاً لم يصح للنهى عنه، وقد عرفت فيما سبق أن الحديث معمول به مما يصح الاعتماد عليه.

{الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمره أو بعده وقبل البلوغ} لإطلاق أدله المساقاه، بالإضافه إلى نقل الإجماع على الأول، بل فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وإلى نقل الشهره فى الثانى، واحتمال انصراف الأخبار عنه لا وجه له بعد أنه عقلائى، ويؤيده أنه كثيراً ما يحتاج إليه صاحب الأشجار لموت العامل

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٣ الباب ١٠ من المزارعه والمساقاه ح٢

بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر، وأما إذا لم يكن كذلك ففى صحتها إشكال

ونحوه بعد الظهور قبل البلوغ، وليس هو ممن يتمكن من القيام، والقول بأنه يستأجر حينئذ غير تام، إذ الإجاره صحيحه حتى قبل الظهور، فما المانع فى جواز المساقاه فى الأول دون الثانى، ولا يخفى أن ذلك استيناس لا دليل حتى يقال بأن الفارق النص.

أما قول المصنف: {بحيث كان يحتاج بعد إلى السقى أو عمل آخر} فلا يخفى ما فى ترديده، إذ لو لم يحتج إلى السقى وإنما احتاج إلى عمل آخر لا يسمى مساقاه ولا يترتب عليه أحكامها.

نعم، يصح عقد جديد عليه، ويدخل فى)أوفوا بالعقود(أو إجاره ونحوها للعامل، وما تقدم فى صحيحه يعقوب: «اسق هذا من الماء واعمره» لا يراد به العمران وحده على سبيل البدل من السقى حتى يكون كل واحد منهما مورد عقد المساقاه بل العمران تبع للسقى.

ومما تقدم يظهر المساقاه بعد البلوغ أيضاً، إذ بعد البلوغ يحتاج إلى الماء فلا خصوصيه لقبل البلوغ الذى قاله المصنف: {وأما إذا لم يكن كذلك ففى صحتها إشكال} من جهه انصراف الأدله عن مثله فلا تصح، ومن جهه المناط فى أخبار المساقاه إن لم يكن إطلاق، وقد ادعى جامع المقاصد والمسالك الإجماع على صحته، وبعض المعلقين قالوا بصحته جعاله، والمستمسك قال: (لا تصح مساقاه لا أنها لا تصح مطلقاً، ولذا حكى عن بعض جواز ذلك، وحينئذ فالبناء على الأخذ بالعموم متعين لعدم وضوح القيد له وإن لم تثبت به المساقاه) انتهى.

وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك.

والساده ابن العم والبروجردى والجمال وجمله آخرون سكتوا على المتن، لكن مقتضى القاعده صحتها مساقاه، إذ المناط موجود بالإضافه إلى أنه عقلائى يتعارف عند العرف، ولما صححه الشارع بدون مقيد كان لازمه الصحه إذا كان هناك سقى.

وأما إذا لم يكن فلا ينبغى الإشكال فى عدم صحته مساقاةً {وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك} ويصح إجارةً وجعالةً وعقداً مستقلاً وصلحاً وما أشبه ذلك، مع توفر المعامله لشرائطها المذكوره فى أبوابها.

ولا يخفى أنه تصح كل هذه المعاملات بالنسبه إلى حقول الدواجن، سواء الطيور، أو الأنعام، أو الأسماك، أو الحيوانات الأخر، مثل حقل الأرانب والفئران والحيات لأجل الاختبار وأخذ السم لأجل الأدويه أو ما أشبه ذلك مما يتعارف الآن، فيعقد مثلاً لأجل أن يكون من أحدهما المحل، ومن الآخر العمل، ومن الثالث الدجاج، ومن الرابع المال الذى يحتاج إليه فى شؤون التربيه، ويكون الحاصل بينهم حسب الحصص، وكذا إذا كانوا أقل من أربعه أو أكثر.

كما تقدم مثله فى كتاب المزارعه، أو يكون من أحدهما المحل والدجاج وما أشبه، ومن الآخر العمل.

ثم قد يجعل ذلك حسب الجعاله والإجاره والصلح والشرط فى ضمن عقد، وقد يجعل ذلك عقداً مستقلاً يشمله)أوفوا بالعقود(، ولا يضر فى هذا العقد إلاّ ما ثبت بالأدله العامه، مثل دليل الغرر، أو كون المالك محجوراً، أو كان أحدهما طفلاً أو مجنوناً، أما ما عدا ذلك فلا يمكن أن يقاس بالمزارعه، مثلاً لا يقال:

التاسع: أن يكون الحصه معينه مشاعه، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعه بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقيه للآخر، نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومه وللآخر أخرى

فى هذا العقد يضر جعل قدر معين لأحدهما.

مثلاً قد يقال: ولك نصف الربح، وقد يقال: ولك ألف دجاجه من ثلاثه آلاف الحاصل.

وكذلك يأتى هنا جمله من الخيارات، مثل خيار الغبن والعيب وتخلف الوصف وما أشبه، لإطلاق أدلتها.

{التاسع: أن يكون الحصه معينه} فلا يصح أن تكون مجهوله، مثل لك شىء، أو مردده مثل لك الثلث أو الربع، وذلك لأن كليهما غرر، بالإضافه إلى ظاهر النص والإجماع المستفاد من تسالمهم على ذلك، بل فى مفتاح الكرامه: طفحت عباراتهم بذلك، وعن التذكره وجامع المقاصد الإجماع عليه، وهو الظاهر ممن راجعنا كلماتهم.

{مشاعه فلا تصح مع عدم تعيينها، إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعه بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقيه للآخر} وذلك هو صريح المشهور، بل لم نظفر بخلاف صريح من أحدهم، وهو مقتضى ظاهر الروايات، بل ادعى غير واحد كالمبسوط وغيره عدم الخلاف فيه.

{نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومه، وللآخر أخرى} كأنه لأنه عقلائى ولم يردع عنه الشارع، لكن فيه: إنه خلاف موازين المساقاه، والشارع إنما أمضى المساقاه العقلائيه.

بل وكـذا لو اشترط اختصاص أحـدهما بأشـجار معلومه والاشتراک فی البقیه، أو اشترط لأحـدهما مقدار معین مع الاشتراک فی البقیه، إذا علم کون الثمر أزید من ذلک المقدار وأنه تبقی بقیه.

نعم إذا أرید بذلک معامله مستقله ولم یکن منافیاً للأدله العامه، مثل الغرر ونحوه، کانت الصحه مقتضی القاعده.

أمـا تعلیقه السـید البروجردی: (أی مع اشتراکهمـا فی البـاقی، وإلاّ فلا تصـح المساقاه قطعاً، ومع ذلک فالصـحه مع فرض دخول تلک الأشجار فی المساقاه لا تخلو من إشکال، وکذا ما بعده) انتهی.

فالظاهر أنه أراد احترام المصنف بعدم رده، وإلاّ فتفسیره لکلام المصنف غیر ظاهر، لأنه قال: وللأخر أخری.

وکیف کـان، فالظاهر صـحه إخراج بعض الأشـجار لأحـدهما من باب الشـرط، ولا ینافی ذلک المساقاه، إذ إطلاق دلیل الشـرط شامل له، مع أنه لیس بمناف لجوهر المساقاه بل لإطلاقه.

أما جعل بعض الأشجار لأحدهما وبعضها للآخر فهو لیس بمساقاه، وإنما یصح عقداً مستقلاً إذا لم یکن غرر ونحوه.

ومنه یعلم وجه قوله: {بل وکذا لو اشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومه والاشتراک فی البقیه} فإن مقتضی القاعده الصحه، وإن أشـکل فیه جمـاعه من المعلقین منهم ابن العم، وکأنه خلاف وضع المساقاه المتلقی من الشارع والشائع فی العرف، وفیه: إنه خلاف الإطلاق لا خلاف مقتضی العقد، کما تقدم.

ومنه یعلم وجه قوله: {أو اشترط لأحـدهما مقـدار معین مع الاـشتراک فی البقیه إذا علم کون الثمر أزیـد من ذلک المقـدار وأنه تبقی بقیه} واشتراطه

العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور، وما على العامل من الأعمال،

العلم لا ـ الواقع، فلم يقل: إذا كان الثمر أزيد، لأنه مع عدم العلم غرر، والغرر مبطل وإن لم يكن فى الواقع ضرراً، وقد أشكل المستمسک فى كل الصور الثلاثه بأن الدليل على اعتبار الإشاعه ظاهر فى اعتبارها فى جميع الثمره، فإذا بنى على العمل به لم تجز فى كل هذه الاستثناءات، وقد عرفت أن دليل الإشاعه لا يمنع عن الاستثناء.

نعم، لا ينبغى الإشكال فى البطلان إذا شرط كل الثمره لأحدهما، وأما إذا شرط بعض الثمر لأجنبى فالظاهر الصحه، لأنه مشمول لإطلاق دليل الشرط، فقول مفتاح الكرامه: (فلو اشترط كون جزء منها وإن قلّ لثالث بطلت المساقاه، لعدم المقتضى لاستحقاقه غير الشرط المخالف لوضع العقد)، غير ظاهر الوجه، إذ يرد عليه:

أولاً: إنه ليس بشرط مخالف لوضع العقد، بل لإطلاقه.

وثانياً: بأن الشرط الفاسد ليس بمفسد، كما قرر فى محله، فهو مثل شرط أن يساعده المالك فى شىء من السقى أو نحوه، أو يساعده ثالث مجاناً، أو بعوض منه أومن غيره.

{العاشر: تعيين ما على المالک من الأمور، وما على العامل من الأعمال} مثل حفر الأنهار، وتنظيف الآبار، ونصب الدولاب أو تعميره، والدابه التى تدير المدار، وتأبير النخل، وتشذيب الأشجار، وقلع الحشائش الضاره، وغير ذلک، وهذه الأمور كلها أو بعضها قد يكون على هذا، وقد يكون على ذاک، ثم

إذا لم يكن هناك انصراف.

آلات القطع والتشذيب وإخراج الثمر من الأكمام، ويختلف فى كل ذلك المدن والأقوام.

ف_ {إذا لم يكن هناك انصراف} يقع العقد عليه ارتكازاً، كان اللازم تعيينه فى عقد المساقاه أنه على أى منهما.

ولا يخفى أن الانصراف بدون القصد ولو ارتكازاً لا ينفع، لأن العقود تتبع القصود، وإلاّ لم يكن (عقدكم) المستفاد من)أوفوا بالعقود(، ولو لم يكن تعارف ولم يذكرا فى العقد، فالظاهر البطلان، لأنه من المعامله المجهوله الموجبه للغرر، ولا ينفع قبولهما بعد ذلك، لأن معنى النهى وضعى، كما قالوا فى المعاملات، وكذلك كل معامله غرريه إذا تراضيا بعد العقد، إلاّ أن يكون معامله جديده ولو بالمعاطاه، وقد تقدمت مثل هذه المسأله فى المزارعه، ويأتى بعض ما له نفع هنا فى المسأله التاسعه إن شاء الله.

ولو كان هناك ارتكازان مختلفان قصد كل منهما أحدهما بطل أيضاً، لأن العقد لا يقع على شىء، إلاّ إذا كان من قبيل تخلف الشرط فالخيار.

ص:١٨٤

مسأله ۱ هل تصح المساقاه بعد الظهور قبل البلوغ

(مسأله ۱): لا إشكال فی صحه المساقاه قبل ظهور الثمر، كما لا خلاف فی عدم صحتها بعد البلوغ والإدراك بحیث لا یحتاج إلی عمل غیر الحفظ والاقتطاف، واختلفوا فی صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ، والأقوی كما أشرنا إلیه صحتها، سواء كان العمل مما یوجب الاستزاده أو لا

(مسأله ۱): {لا إشكال فی صحه المساقاه قبل ظهور الثمر}، وقد تقدم أنه مقتضی النص والفتوی، وادعی علیه الإجماع.

{كما لا خلاف} وقد تقدم دعوی الإجماع {فی عدم صحتها بعد البلوغ والإدراك بحیث لا یحتاج} إلی الماء، وإن احتاج {إلی عمل غیره} كـ {الحفظ والاقتطاف} والتشمیس والكبس فی الظرف وما أشبه ذلك، لأنه غیر مساقاه، فقول المهذب البارع بصحتها لها غیر ظاهر الوجه.

نعم قد تقدم صحه إجراء الصلح والإجاره والشرط والعقد المستقل فیها.

{واختلفوا فی صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ}، عدم الصحه لأن الأدله وارده فی ما قبل الظهور.

{والأقوی كما أشرنا إلیه صحتها}، قد تقدم منه الصحه فی الصوره الأولی، وتوقف فی الثانیه، ووجه الصحه إطلاق الدلیل أو مناطه بعد كونها عقلائیه وهم الأصل فی هذه المعامله، ولم یكن من الشارع ردع، فاللازم القول بالصحه.

{سواء كان العمل مما یوجب الاستزاده أو لا} إذا كان سقی وكان ذلك یقف

خصوصاً إذا كان فى جملتها بعض الأشجار التى بعد لم يظهر ثمرها.

دون فساد الشجر ونحوه، إذ لا دليل على أكثر من هذين الأمرين فى المساقاه، ولفظ الحاصل فى الروايه وكلام الفقهاء لا يدل على الاستزاده، ولذا كان المحكى من الخلاف والغنيه والسرائر والمختلف والمهذب البارع وإيضاح النافع وجامع الشرائع أنها تصح إذا بقى للعامل، من دون تقييد بكونه فيه زياده الثمره، وعن ما قبل الأخير منهم أن الحفظ عن النقص زياده حكميه، وعن مجمع البرهان كفايه الزياده فى الكيفيه.

وأما اشتراطنا للسقى فلأنه مقتضى كونه مساقاه الوارد فى النص والفتوى، كما عرفت فيما تقدم.

{خصوصاً إذا كان فى جملتها} أى جمله الأعمال {بعض الأشجار التى بعدُ لم يظهر ثمرها} حيث إن الأمر بالنسبه إلى تلك الأشجار مساقاه حقيقه، لكن لابد وأن يقال بكون ذلك عرفياً، لا مثل شجره واحده، أو بعض ثمر شجره واحده.

نعم، إذا لم يكن سقى ولا حفظ من النقص صح ذلك بعنوان معامله مستقله، لا بعنوان المساقاه، أما الثانى فلما عرفت، وأما الأول فلأن)أوفوا بالعقود(، و)تجاره عن تراض(وما أشبه يشمله.

ص:١٨٦

مسأله ۲ جواز المساقاه على الأشجار

(مسأله ۲): الأقوى جواز المساقاه على الأشجار التى لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقها، كالتوت والحناء ونحوهما.

(مسأله ۲): {الأقوى جواز المساقاه على الاشجار التى لا ثمر لها، وإنما ينتفع بورقها كالتوت} القسم الذى لا ثمر له {والحنا ونحوهما} كما هو المشهور، وذلك لإطلاق الأدله، وكونها عقلائيه متعارفه، ويشمله بالمناط «ولك نصف ما أخرج» فى الصحيحه، إذ ما أخرج أعم، والانصراف إلى الثمره لو كان فهو بدوى، ولذا قال فى المسالك: (وفى بعض الأخبار ما يقتضى دخوله، والقول بالجواز لا يخلو من قوه).

وعليه فلا وجه ظاهر لما فى الجواهر من التفصيل بين أن تكون المساقاه على هذه الأشجار تبعاً فيجوز، ومستقلاً فلا يجوز، للزوم الاقتصار على المتيقن فيما كان على خلاف الأصل.

أما الاستدلال لذلك بما فى التذكره وجامع المقاصد، من أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، ففيه تأمل، إذ العمل لا إطلاق له، ولعله كان الشجر مما يثمر.

وكيف كان، فنحن فى غنى عن ذلك بعد الشهره المحققه، والإجماع المدعى فى الخلاف، والمناط كما تقدم.

ومما تقدم يعلم وجه صحتها على ما له زهر، سواء كان للجمال أو الدواء وما له حطب، ولذا قال العلامه فى القواعد: وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه.

ص:۱۸۷

مسأله ۳ المساقاه على أصول غير ثابته

(مسأله ۳): لا- يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابته كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها، وإن تعددت اللقطات فيها كالأولين، ولكن لا يبعد الجواز للعمومات وإن لم يكن من المساقاه المصطلحه، بل لا يبعد الجواز فى مطلق الزرع كذلك

(مسأله ۳): {لا- يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابته} وإنما قال (عندهم) لتعبير غير واحد منهم ب_ (ثابته) فى تعريف المساقاه، والمراد ب_ (عندهم) المشهور منهم {كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها} كالخضر أمثال السلق والفجل والكراث وغيرها.

{وإن تعددت اللقطات فيها كالأولين} وكأكثر الخضر {ولكن لا يبعد الجواز} كما عن يحيى بن سعيد جوازها فى الباذنجان، وعن الشيخ جوازها فى البقل الذى يجز مره بعد أخرى، لكن عن التذكره الإجماع على عدم صحتها فى المذكورات، وفى القثاء والبقول التى لا تثبت فى الأرض، وفيه نظر.

{للعمومات} الوارده، مثل:)أوفوا بالعقود(، و)إلّا أن تكون تجاره عن تراض(وما أشبه.

{وإن لم يكن من المساقاه المصطلحه} فيه نظر، إذ قد عرفت أن الأصل فى المساقاه العقلائيه، وحيث لم يردع عنها الشارع، بل قال: (أوفوا) و(تجاره) كان اللازم أنها مساقاه مصطلحه، ومنه يعلم عدم صحه إشكال الجواهر فى ذلك، فراجع كلامه.

{بل لا- يبعد الجواز فى مطلق الزرع كذلك} وإن قال فى القواعد: (والبقل والبطيخ والباذنجان وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع)، وفسره مفتاح الكرامه

فإن مقتضى العمومات الصحه بعد كونه من المعاملات العقلائيه، ولا يكون من المعاملات الغرريه عندهم، غايه الأمر أنها ليست من المساقاه المصطلحه.

بأنه (كما لا تجوز المساقاه على الزرع بعد زرعه كذلك لا تجوز المساقاه على هذه الأمور).

وإنما تصح {فإن مقتضى العمومات} المتقدمه {الصحه}، بل فى المستمسک أنه مقتضى صحيح يعقوب المتقدم {بعد كونها من المعاملات العقلائيه} على التقريب المتقدم، بل قد عرفت أن ذلک سبب دخولها فى المساقاه، لا أنها معامله جديده.

{ولا يكون من المعاملات الغرريه} لأن العرف لا يراها غرراً، وهو الميزان فى هذا الباب، فالمقتضى موجود والمانع مفقود.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسک: (لا إشكال فى أنها غرريه للجهل بمقدار الحاصل، لكن لا دليل على المنع عن الغرر كليه)، ولذا قال: {عندهم} أى عند العرف {غايه الأمر إنها ليست من المساقاه المصطلحه} عند المشهور، وإن كانت منها لغه، بل قد عرفت كلام الشيخ فيما يجزّ مره بعد أخرى، وكلام ابن سعيد فى الباذنجان.

ثم إنه لو أريد الاحتياط عُقد ذلک بعنوان الإجاره، أو الصلح، أو الشرط فى ضمن عقد، أو الجعاله مثلًا.

ص:١٨٩

مسأله ۴ الأشجار التی لا تحتاج إلی السقی

(مسأله ۴): لا بأس بالمعامله علی أشجار لا تحتاج إلی السقی لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض

(مسأله ۴): {لا بأس بالمعامله علی أشجار لا تحتاج إلی السقی لاستغنائها بماء السماء أو لمصّ أصولها من رطوبات الأرض}.

قال فی القواعد: (وتصح المساقاه علی البعل من الشجر، کما یصح علی ما یفتقر إلی السقی). ونقله مفتاح الکرامه عن المبسوط والتحریر والمهذب البارع وإیضاح النافع وجامع المقاصد، ومن التذکره لا نعرف فیه خلافاً، ثم قال: والمستفاد من الأخبار وکلام الأصحاب أن السقی بخصوصه لیس شرطاً فی هذه المعامله، بل المدار علی العمل الذی تحتاج إلیه تلک الأشجار، فحیث لا تحتاج إلی السقی، مثل بساتین أطراف الشام لا یکون معتبراً، ونقل عن القاموس أن البعل کل شجر ونخل وزرع لا یسقی أو ما سقته السماء.

أقول: واستدلوا لذلک بالأصل، وبأنه لو لا ـ ذلک لبطلت المساقاه فیها عمر الدهر، وبأنه عمل عقلائی فیشمله دلیل المساقاه، وبالإجماع المتقدم من التذکره ومفتاح الکرامه.

وصحیحه یعقوب بن شعیب، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «وکذلک أعطی رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) خیبراً حینما أتوه فأعطاهم إیاها علی أن یعمروها ولهم النصف مما أخرجت».

قال فی المستمسک: (فإنه شامل للمقام، وحکایه الإمام ذلک یدل علی العموم).

وفی الکل نظر، لأن المساقاه مأخوذه من السقی، وقد عرفت أنه موجود

وإن احتاجت إلى إعمال أخر، ولا يضر عدم صدق المساقاه حينئذ، فإن هذه اللفظه لم ترد فى خبر من الأخبار، وإنما هى من اصطلاح العلماء، وهذا التعبير منهم مبنى على الغالب، ولذا قلنا بالصحه إذا كانت المعامله بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقى،

فى النص والفتوى، مما ظاهره أنه لابد من السقى، فكما لا يصح أن يقال بصحه المزارعه بلا زرع، بل لإصلاح الأرض وجرى النهر ونحوه مما يكون مقدمه للزراعه وليس فيه نفس الزراعه، كذلك بالنسبه إلى المساقاه.

وعليه فالأصل لا مورد له، وعدم احتياج بساتين إلى السقى عمر الدهر لا يضر، إذ أى تلازم بين الأمرين، وكونه عملاً عقلائياً يشمله (أوفوا) لا دليل المساقاه، والإجماع محل نظر، حيث لم يذكر الأمر أكثر الفقهاء حسب اطلاعنا، والصحيحه حكايه فعل فلا دلاله فيها.

{و} عليه فإجراء عقد مستقل عليه {إن احتاجت إلى أعمال أخر} طريق الاحتياط.

{و} مما تقدم يعرف وجه النظر فى قوله: {لا يضر عدم صدق المساقاه حينئذ، فإن هذه اللفظه لم ترد فى خبر من الأخبار، وإنما هى من اصطلاح العلماء} فقد عرفت ورود الخبر به وإن كان ضعيفاً.

أما قوله: {وهذا التعبير منهم مبنى على الغالب} فيه: إن من صرح بجوازه فى غير المحتاج إلى السقى تام، أما أكثرهم الذين لم يصرحوا فنسبه ذلك إليهم بحاجه إلى التأمل.

{ولذا قلنا بالصحه إذا كانت المعامله بعد ظهور الثمره واستغنائها من السقى}

وإن ضويق نقول بصحتها وإن لم تكن من المساقاه المصطلحه.

لكنا أشكلنا على ذلك، وقلنا بالاحتياج إلى السقى ولو لأجل عدم فساد الثمره مما لا مدخليه له فى إنمائها.

{وإن ضويق} فى صحه المساقاه إذا لم يحتج إلى السقى {نقول بصحتها، وإن لم تكن من المساقاه المصطلحه} وذلك للأدله العامه مثل (أوفوا بالعقود)، و(تجاره عن تراض)، بعد أن عرفت أنها شامله حتى للعقود غير المعنونه فى الروايات وكلام الفقهاء.

ثم إنه لا فرق بين أقسام السقى وإن كان بسبب الأمطار الاصطناعيه، وذلك للإطلاق وعدم وجود فرد فى زمان الروايات لا يمنع من شمول الإطلاق.

ص:١٩٢

مسأله ۵ المساقاه على فسلان مغروسه

(مسأله ۵): يجوز المساقاه على فسلان مغروسه وإن لم تكن مثمره إلاّ بعد سنين، بشرط تعيين مده تصير مثمره فيها ولو بعد خمس سنين أو أزيد.

(مسأله ۵): {يجوز المساقاه على فسلان مغروسه وإن لم تكن مثمره} أى نوع من الثمر حتى الحطب كما تقدم {إلا بعد سنين} كما عن المبسوط والتذكره والإرشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، وذكره القواعد وغيره.

{بشرط تعيين مده تصير مثمره فيها ولو بعد خمس سنين أو أزيد} أما إذا كانت المده دون الثمر لم يصح، لأن المساقاه بالحصه، والمفروض أنه لا حصه حينئذ.

وإنما تصح المساقاه كذلك لعموم الأدله، كما فى مفتاح الكرامه، وفى المستمسک: والظاهر أنه لا خلاف فيه.

وهل تصح المساقاه دون مده الثمره بشرط إعطائه منها حصه وقت ثمرها، كما إذا كانت النخله تعطى الثمره فى وسط السنه فيساقيه على شؤونها مده أربعه أشهر على أن يعطيه ربع ثمرها مثلاً، احتمالان:

من انصراف الأدله وأنهم ذكروا إلى حين الإثمار.

ومن أنه عقلائى، والانصراف بدوى، وذكرهم لا يدل على عدم صحه ذلک إلا من صرح منهم بعدم الصحه، ولا يبعد الصحه، وإن كان المتيقن صحته عقداً جديداً لا مساقاهً، ويؤيد الصحه أن المساقاه لا تبطل بموت أحدهما، فللعامل الحصه وإن لم يدرک الثمر.

مسأله ۶ المساقاه علی الودی

(مسأله ۶): قـد مر أنه لا تصح المساقاه علی ودی غیر مغروس، لکن الظاهر جواز إدخاله فی المعامله علی الأشـجار المغروسه بأن یشترط علی العامل غرسه فی البستان المشتمل علی النخیل والأشجار ودخوله فی المعامله بعد أن یصیر مثمراً،

(مسأله ۶): {قـد مرأنه لا} دلیل علی أنه لا {تصـح المساقاه علی ودی غیر مغروس} إلاّ الانصـراف الذی یحمل علی البدویه فی نظر العرف، فإنهم لا یرون فرقاً بین أن یعطیه بسـتاناً فیه الودی المغروس وبین أن یعطیه أرضاً ومئات الفسـیل لیغرسـها ویعتنی بها حتی تثمر.

أما الذین قالوا بعدم الصحه مساقاهً کالمصنف فلابد له أن یقول بالصحه معامله جدیده.

و {لکن الظاهر جواز إدخاله فی المعامله علی الأشجار المغروسه} بنحو الشرط فإنه یشمله إطلاق دلیل الشرط. {بأن یشترط علی العامـل غرسه فی البسـتان المشـتمل علی النخیـل والأشـجار} فـإن القـائلین ببطلاـن المساقـاه علی الودی لاـ یقولون به فی صوره الشرط.

{و} یکون {دخوله فی المعامله بعـد أن یصـیر مثمراً} إذ المساقاه شامله للسابق والمتجـدد، کما یخرج منها ما یسـقط ویقطع من النخل والشجر، فکما أن الفسیل المتجدد مع النخیل یدخل فی المعامله کذلک الودی الذی سوف یغرس.

ومنه یعلم أن قوله (یصـیر مثمراً) من بـاب المثال، فإنه یـدخل وإن لم یصـر مثمراً، إذ لیس اللازم دخول المثمر فقط فی المساقاه، ولذا یدخل فیها ما فی البستان مما لیس بمثمر.

ص:۱۹۴

بل مقتضى العمومات صحه المعامله على الفسلان غير المغروسه إلى مده تصير مثمره، وإن لم تكن من المساقاه المصطلحه.

{بل مقتضى العمومات صحه المعامله على الفسلان غير المغروسه إلى مده تصير مثمره} وقد عرفت أنه من المساقاه المصطلحه، أما على رأى المصنف بأنه {وإن لم تكن من المساقاه المصطلحه} فيرى أن ذلك داخل فى معامله جديده، بمقتضى)أَوْفُوا(((١))، و)تِجارَةً(((٢)) ونحوهما كما تقدم.

أما قول المستمسک بشمول صحيح يعقوب له((٣)) فقد سبق الإشكال فيه.

ومما تقدم يعلم أن إشكال الساده البروجردى وابن العم والجمال فى ذلك محل منع.

نعم ينبغى التمسک بمعامله جديده فى ما إذا كان دون الفسيل مثل الأرز، حيث بعد مده من زرعه يقلع من مكانه ويزرع فى مكان آخر، فإن مثله لا يسمى مساقاه اصطلاحاً وعرفاً، فلا يشمله دليل المساقاه، فتأمل.

١- سوره المائده: الآيه ١

٢- سوره النساء: الآيه ٢٩

٣- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٢ الباب٩ من أبواب المزارعه ح٢

مسأله ۷ المساقاه لازمه

(مسأله ۷): المساقاه لازمه لا تبطل إلّا بالتقايل، أو الفسخ بخيار الشرط، أو تخلف بعض الشروط، أو بعروض مانع عام موجب للبطلان، أو نحو ذلك.

(مسأله ۷): {المساقاه لازمه} بلا إشكال ولا خلاف، كما ادعى عدم الخلاف فيه المسالك، والإجماع جامع المقاصد، وكذلك ادعى غيرهما مثلهما، وذلك لإطلاق دليل الوفاء بالعقد، وهو المراد من استدلالهم له بالأصل، إذ لا يصار إلى مثل الاستصحاب إلّا إذا كان شك فى البقاء.

ف‍ـ {لا تبطل إلّا بالتقايل، أو الفسخ بخيار الشرط} المجعول فى العقد أو فى عقد آخر، لأن مقتضى صحه مثل هذا الشرط أن للمشروط له حق الفسخ للعقد اللازم بطبعه.

{أو تخلف بعض الشرط} وقد تقدم دليل كل ذلك فى المزارعه فلا حاجه إلى تكراره.

{أو بعروض مانع عام} مثل انقطاع الماء أو الانغمار فيه، فإنه {موجب للبطلان} إذ لا متعلق، والأدله لا تشمل ما لا متعلق له، وإن زعما حين العقد وجود المتعلق، إذ بالزعم لا يصح الواقع، وبالعكس ما لو زعما وجود المانع لكن صار العقد بالإنشاء، كما لو أجرياه وكيلهما فإنه يصح لأن الواقع إمكانه.

{أو نحو ذلك} كما يأتى فى المساقاه المقيده بالمباشره إذا مات.

ص:۱۹۶

مسأله ۸ لا تبطل المساقاه بموت أحد الطرفين

(مسأله ۸): لا تبطل بموت أحد الطرفين، فمع موت المالک ينتقل الأمر إلى وارثه، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه

(مسأله ۸): {لا تبطل} المساقاه {بموت أحد الطرفين} كما هو المشهور، بل عن جامع المقاصد لا نعرف فى ذلک خلافاً، لكن عن المهذب البارع والمقتصر أن من قال ببطلان العقد فى الإجاره قال ببطلانه هنا ومن لا فلا.

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره المشهور، لأصاله اللزوم فى العقود، وتنظير المقام بالإجاره من جهه أنها نوع إجاره للعامل فيأتى فى المساقاه ما ذكر هناک غير تام.

ولا يخفى أن عدم بطلانها من طرف حساب الأشجار إنما هو إذا لم يكن ملكيته لها محدوداً، كالوقف بالنسبه إلى البطون، ومثل متولى الوقف العام حيث لا حق له بعد موته فى الولايه، وكذلک الوصى المحدود وما أشبه، وإلّا كان مقتضى القاعده البطلان إن لم يجز ذو الحق اللاحق لأنه بالنسبه إليه فضولى.

وكيف كان {فمع موت المالک ينتقل الأمر إلى وارثه} لأنه حق له، فيشمله دليل «ما تركه الميت فلوارثه»، ولا فرق فى ذلک بين ربحه بذلک أو ضرره، لأن المالک الذى يملک حتى النقل قد فعل ذلک فلا حق لوارثه فى نقضه.

{ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه} لا بمعنى أن للمالک حق جبره على العمل، إذ الوارث لم يعقد حتى يكون قد سلب حريه نفسه بنفسه، بل «الناس مسلطون على أنفسهم»([1]) شامل له.

ص:۱۹۷

۱- البحار: ج۲ ص۲۷۳

لكن لا يجبر على العمل، فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستيجار فله، وإلّا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه وبين المالك، نعم لو كانت المساقاه مقيده بمباشره العامل

ولذا قال: {لكن لا يجبر على العمل} وإنما يقع حق المالك على تركه العامل {فإن اختار} وارث العامل {العمل بنفسه أو بالاستيجار فله} ذلك، ولا حق للحاكم أن يجبره بأن يعطى من التركه ما يستأجر به غيره، وذلك لأنه لا حق للمالك إلا فى العمل فلا حق له فى تعيين العامل، كسائر الحقوق الكليه التى ليس لذى الحق أن يجبر من عليه الحق بالنسبه إلى فرد خاص من الكلى.

{وإلّا} يقدم ورثه العامل على إعطاء العمل بنفسه أو أجيره أو ما أشبه، إذ لا خصوصيه للاستيجار أيضاً، فله أن يلتمس متبرعاً أن يعمل المساقاه، {فيستأجر الحاكم من تركته} إن كانت له تركه {من يباشره إلى بلوغ الثمر} أى إلى آخر مده المساقاه.

{ثم يقسم} الحاصل {بينه وبين المالك}، وإذا لم يمكن الحاكم وصلت النوبه إلى عدول المؤمنين على ما ذكروا، ثم بعده للمالك حق التقاص بأن يأخذ من مال العامل من يستأجر به، وذلك لشمول أدله التقاص إطلاقاً أو مناطاً للمقام، وإذا لم تكن له تركه.

{نعم، لو كانت المساقاه مقيده بمباشره العامل} سواء كانت بنحو المصبّ، بأن جعل عمل العامل بشخصه موضوعاً للمساقاه، فهو مثل جعل هذا البستان موضوعاً للمساقاه، حيث إذا لم يكن تلك الأرض لا موضوع لها، أو بنحو القيد، وهو ما كان التقييد داخلاً والقيد خارجاً، كما تقدم مثله فى المزارعه

تبطل بموته، ولو اشترط عليه المباشره لا بنحو التقييد، فالمالك مخير بين الفسخ لتخلف الشرط وإسقاط حق الشرط، والرضا باستئجار من يباشر.

{تبطل بموته} لانتفاء الموضوع، ومثله بالنسبه إلى المالك والبستان، فقد يقول العامل: إنى لا ـ أعمل فى أرض إنسان آخر، ويجعل ذلک مصباً أو قيداً، فإنه إذا مات المالک انتفى الموضوع، سواء كان مصباً أو قيداً، فإن العقود تتبع القصود.

أما بالنسبه إلى البستان فقد يجعل الكلى طرف المساقاه، كما تقدم أنه صحيح، وقد يكون الفرد مصباً أو قيداً، فإذا لم يقدر المالک من تسليم ذلک بطلت المساقاه.

وكأنهم لم يذكروه إما من باب عدم صحه الكلى عندهم، وإما من باب أن الغالب الشخصى بالنسبه إليه.

{ولو اشترط عليه المباشره لا ـ بنحو التقييد} والشرط التزام فى التزام وليس مصباً ولا قيداً {فالمالک مخير بين الفسخ لتخلف الشرط، و} بين {إسقاط حق الشرط والرضا باستيجار من يباشر} فيبقى العقد.

وكذا الكلام إذا كان شخص المالک أو البستان على نحو الشرط بالنسبه إلى خيار العامل بين الفسخ، والرضا بإسقاط حق الشرط.

ص:١٩٩

مسأله ۹ ماذا علی العامل وماذا علی المالک

(مسأله ۹): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه جمله من الأعمال علی العامل، وجمله منها علی المالک، وضابط الأولی ما يتكرر كل سنه، وضابط الثانيه ما لا يتكرر نوعاً وإن عرض له التكرر فی بعض الأحوال

(مسأله ۹): {ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه} بأن لم يعينوا شيئاً، وكان الارتكاز منصباً عليه العقد، والارتكاز قد يكون من باب بنائهم الشخصی وقد يكون من باب أنه المتعارف فی عرفهم {جمله من الأعمال علی العامل، وجمله منها علی المالک، وضابط الأولی} عندهم {ما يتكرر كل سنه}، نقله مفتاح الكرامه عن الإرشاد واللمعه والروض ومجمع البرهان والكفايه والرياض.

أقول: وذهب آخرون إلی أن الضابط ما فيه مستزاد الثمره، ونقله عن المبسوط والوسيله والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتبصره وغيرها، بل عن المختلف والمهذب البارع أنه الأشهر وعليه الأكثر.

ثم قال: والضابطان متلازمان، فإن ما تحصل به زياده الثمره هو ما يتكرر كل سنه مما فيه صلاح الثمره وتحتاج إليه حصولاً وزيادةً وجودةً.

{وضابط الثانيه ما لا يتكرر نوعاً، وإن عرض له التكرار فی بعض الأحوال}.

أقول: كأنه فهم من كلامهم الأول، وإلّا ففی مفتاح الكرامه: (لم أجد من صرح بالضابط فيما يجب علی المالک، لكنه يفهم من مطاوی كلماتهم).

أقول: ولذا قال فی محكی التنقيح: (ما يجب علی العامل له ضابطان: الأول ما فيه مستزاد الثمره، الثانی: ما كان تكراراً كل سنه، وما يجب علی المالک

فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، وتنقيه الأنهار والسقى ومقدماته كالدلو والرشاء وإصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه، وإزاله الحشيش المضره وتهذيب جرائد النخل والكرم والتلقيح

له ضابطان، الأول: ما يفتقر إلى بذل المال، والثاني: ما لا يتكرر غالباً ويعد صالحاً فى الأصول).

{فمن الأول: إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه} وترفيع الأماكن المحتاجه إليه مثل أطراف السواقى، حيث لا يعطى الماء لدى زيادته إلى ممرات البستان.

{وما يتوقف عليه من آلات} كالمسحات ونحوها غيرها كالمنجل والمنشار {وتنقيه الأنهار} ومصب الدوالى {والسقى ومقدماته} مثل ربط الدابه بالناعور ونحوه، وإزاله السدد الموجود فى المصب والمجرى، بل ومؤخراته مثل إيقاف الدابه عن الحركه وجعل السدد، وفى هذه الأيام تشغيل الماكنه وإطفاؤها.

وكذا عليه ما يحتاج السقى إليه {كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء} المتصل بالنهر ونحوه {واستقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه} الظاهر أن (نحوه) أى نحو البئر، فالضمير يلزم أن يكون مؤنثاً، لأن البئر مؤنث سماعاً.

{وإزاله الحشيش المضره} بالزرع، وإن كانت نافعه فى نفسها، والتأنيث باعتبار أفراده وإلاّ فالحشيش ليس بمؤنث.

{وتهذيب جرائد النخل والكرم} وسائر الأشجار لأنها بحاجه إلى التشذيب {والتلقيح} للثمر، ويأتى الكلام فى اللقاح هل على نفس المالك، فإنه وإن تكرر

واللقاط والتشميس وإصلاح موضعه وحفظ الثمره إلى وقت القسمه.

ومن الثانى: حفر الآبار والأنهار، وبناء الحائط والدولاب والداليه ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً.

واختلفوا فى بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر الذى يدير الدولاب

كل سنه لأنه بحاجه إلى مال كثير أم لا.

{واللقاط} بجمع الثمر الساقط عمداً عند هز الأشجار لجمع الثمر، أو كان ذلك بسبب ريح ونحوه.

{والتشميس} والحفظ عن المطر ونحوه {وإصلاح موضعه} وموضع الحفظ بالكنس ونحوه.

{وحفظ الثمره} فى المحفظه المعده له فى البستان {إلى وقت القسمه} الوقت المتعارف، وإلّا فلا حق للمالك فى التأخير عنه حتى يكون كل حفظه على العامل.

و{من الثانى} الذى على المالك: {حفر الآبار والأنهار} والسواقى والقنوات {وبناء الحائط} فى البستان المحوط، وإلّا كان من السالبه بانتفاء الموضوع.

{والدولاب والداليه ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً}.

ثم إن قولهم ما يتكرر كل سنه فى الضابط الأول يراد به مع كل استثمار، إذ لا خصوصيه للسنه، فبعض أشجار الفواكه التى تعطى كل سنه مرتين مما يحتاج كل مره إلى إعمال تلك الأمور يكون حالها حال ما تعطى الثمر كل سنه مره، وكذلك عكسه مثل ما تعطى كل سنتين مره، ولذا تقدم التلازم بين العرفين لما على العامل.

{واختلفوا فى بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر} والحمار والبغل {الذى يدير الدولاب}، فعن المبسوط وغيره أن البقر على رب المال، و

والكش للتلقيح وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك، ولا ـ دليل على شيء من الضابطين، فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف فى كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبع، وإلاّ فلا بد من ذكرنا يكون على كل منهما رفعاً للغرر،

عن السرائر وغيره أنه على العامل.

استدل لمن قال بالأول: بأن البقر ليس من العمل، فليس على العامل.

واستدل للثانى: بأنه يراد للعمل، فاللازم أن يكون على العامل.

{والكش للتلقيح} فعن الشيخ وكثير من الفقهاء أنه على المالك، وعن السرائر وجمله منهم أنه على العامل، والاستدلال للرأيين كما فى البقر.

{وبناء الثلم} فى الحيطان {ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك} هل هى على المالك لأنها ليست من العمل، ولأنها زياده فى البستان فلا ربط لها بالعامل، أو على العامل لأنها مقدمه الاستثمار حيث لا يسرقها اللصوص ولا يفسدها الحيوانات فلا ربط لها بالمالك.

{ولا دليل على شيء من الضابطين} والاستدلالات المذكوره لها غيرتامه، {فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف فى كون شيء على العامل أو المالك} أو هما بالاشتراك انصرافاً بنى عليه العقد ولو ارتكازاً، إذ بدون ذلك لا يكون (عقودكم) وإن كان انصراف، لأن العقود تتبع القصود.

{فهو المتبع} ولذا الذى ذكرناه إذا تعارض العرف العام والخاص عند هؤلاء اتبع الخاص، لأنه المبنى عليه العقد.

{وإلا فلابد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعاً للغرر} إذ مع عدم الذكر

ومع الإطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً، لأن المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما.

يكون غرراً، ومع الغرر تبطل المساقاه، لأن نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) يدل على الوضع، كما تقدم.

{ومع الإطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً} بالنسبه العقلائيه، وإن خالفت نسبه الحصه {لأن المال مشترك بينهما فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما} كما فى الجواهر.

واحتمل كونها على العامل، لصحيح يعقوب بن شعيب، حيث قال (عليه السلام): «النفقه منك والأرض لصاحبها»، ثم قال: «وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) خيبر»((1))، الحديث.

فإن خيبر كانت بعضها بالمساقاه، فلما شبهها الإمام (عليه السلام) بالمزارعه دل التشبيه على استوائهما فى أن النفقه من العامل، فإنه كما ليس فى المزارعه على المالك إلّا دفع الأرض، كذلك ليس فى المساقاه على المالك إلّا دفع الأصول.

قال فى المستمسك على كلام الجواهر فى محتمله: (ولو فرض قصور النصوص عن إثبات ذلك كان هو مقتضى الإطلاق)، وأشكل على تعليل المصنف (بأنه لا يجب على الشركاء فى أمر فعل ما يقتضى حصوله أو بقاءه، فإن الشركاء فى دار لا يجب عليهم تعميرها، والشركاء فى شجر أو حيوان لا يجب عليهم تنميته) انتهى.

١- الوسائل: ج١٣ ص٢٠٣ الباب١٠ من أبواب كتاب المزارعه ح٢

ويرد عليه أولاً: إن الصحيح لا ـ يدل إلاّ ـ على النفقه المتعارفه كونها على العامل، ولذا لا يقولون بأن كل النفقه على العامل فى المزارعه، وعليه فلا دليل فى تشبيه المساقاه بها على ذلك.

وثانياً: إن أى إطلاق يقتضى أن النفقه على العامل، فإن أريد إطلاق النص فلا إطلاق فيه من هذه الجهه، وإن أريد إطلاق العقد، فالعقود تتبع القصود، ولا إطلاق لها.

وثالثاً: إنه لو قيل بالإطلاق كان اللازم أن يقال: إنها على المالك، إذ نفقه الأشجار على صاحبها كما ذكروه فى كتاب النفقات، فانتقالها إلى العامل يحتاج إلى دليل، وحيث لا دليل فاللازم أن تكون كما فى السابق على المالك.

ورابعاً: إن الإنسان يجب عليه حفظ ماله، والحاصل لما صار مالهما حسب العقد كان اللازم عليهما حفظه، كما ذكروه فى كتاب النفقات، وعليه يجب على الشركاء حفظ الدار وإلاّ كان إسرافاً، فهل يجوز ترك الدار والبستان حتى تنهدم ويفسد الثمر، ولذا سكت على المتن كافه المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على كثرتهم.

ولو كانا من بلدين، عاده كل بلد شىء على خلاف عاده البلد الآخر، وارتكز كل عند العقد عاده بلده، فإن كان على نحو المصب أو القيد بطل العقد، لعدم توارد الإيجاب والقبول على شىء واحد، ولو كان على نحو الشرط كان لصاحب الشرط الخيار حيث تخلف شرطه.

ص:٢٠٥

مسأله ١٠ لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك

(مسأله ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم فى البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاه، نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقى على المالك، فإن كان مما يوجب زياده الثمره فلا إشكال فى صحته

(مسأله ١٠): {لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك، فلا خلاف بينهم فى البطلان} لا مساقاةً ولا عقداً مستقلاً، إما المساقاه فـ {لأنه خلاف وضع المساقاه} فلا مصب إذا كان على نحو المصب، وهو شرط على خلاف مقتضى العقد إذا كان على نحو الشرط.

لا يقال: الشرط الفاسد يوجب الخيار لا أنه مفسد.

لأنه يقال: هذا الشرط سبب أن لا يكون عقد، إذ العقد له جانبان وهذا ليس له إلّا جانب واحد، وأما العقد المستقل فلأنه ليس بعقد على ما عرفت.

{نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقى على المالك، فإن كان} ما أبقاه العامل على نفسه {مما يوجب زياده الثمره فلا إشكال فى صحته}.

نعم، على ما ذكرناه من لزوم الماء فى المساقاه يشترط أن يكون فى ضمن ما أبقاه السقى، كما قد تقدم استظهار صحه المساقاه وإن لم توجب زياده الثمره إذا كان العمل يوجب حفظها وعدم فسادها.

ثم الظاهر أن مراده من (شيئاً) أمراً معتداً به، لا أن يكون دليل المساقاه عرفاً وشرعاً منصرفاً عنه، وإلّا لم يصح.

ص:٢٠٦

وإن قيـل بـالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه، وإلّا كما فى الحفظ ونحوه ففى صـحته قولان، أقواهما الأول، وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد

{وإن قيـل بـالمنع من جواز جعـل العمـل على المالـك ولو بعضاً منه} وقـد نسب ذلك إلى الشـيخ فى المبسوط، وإلى الوسـيله وجـامع الشـرائع، وعلله فى الأول بـأن موضوع المساقاه على أن من رب المال المال، ومن العامل العمل، ونحوه حكى عن غيره، وربما قرب ذلك بأنه المساقاه المتعارف، وأنه ظاهر صحيحى يعقوب: «يقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج».

قال فى المستمسك: (وما ذكره فى المبسوط من التعليل متين، نعم يمكن تصحيحه بعنوان غير المساقاه عملاً بالأدله العامه).

وفيه: بعد أنه مساقاه عرفاً لكن لا مطلقاً، وإنما بقدره يشـمله الدليل، فلا وجه لعدم كونه مساقاه، وهل هذا إلّا مثل شرط أن يعمل معه إنسان ثالث، وهل يقال هناك بالبطلان.

{وإلاـ} يكن العمـل الـذى أبقـاه العامل لنفسه مما يوجب زياده الثمره {كما فى الحفظ ونحوه} بأن كانت المساقاه لأجله {ففى صحته قولاـن: أقواهمـا} الثـانى، لأـنه ليس بمساقاه كما عرفت، وقـد تقـدم من المصـنف ما ظاهره نفى الخلاف فى البطلان، بل ادعى الإجماع عليه، فتقويته هنا {الأول} غير ظاهر الوجه.

{وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد

ص:۲۰۷

بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلاّ مثل الحفظ ونحوه، وإن كان الظاهر فی هذه الصوره عدم الخلاف فی بطلانه کما مر.

بلوغ الثمره وعـدم بقـاء عمـل إلاّـ مثل الحفظ ونحوه} فإن الأقوی أیضاً عـدم صـحته مساقاةً، نعم یصـح فی کلا الموردین عقـداً مستقلاً کما تقدم.

{وإن کان الظاهر فی هذه الصوره عدم الخلاف فی بطلانه کما مر}، لکن عن المهذب البارع القول بالصحه.

ثم مثل شرط جمیع الأعمال علی المالک شرط کون الأصول علی العامل، فإنه باطل أیضاً، والکلام فی تبعیض العمل أو الأصول أو ما أشبه یعرف مما تقدم، والله سبحانه العالم.

ص:۲۰۸

مسأله ۱۱ إذا ترک العامل ما اشترط علیه

(مسأله ۱۱): إذا خالف العامل فترک ما اشترط علیه من بعض الأعمال، فإن لم یفت وقته فللمالک إجباره علی العمل، وإن لم یمکن فله الفسخ

(مسأله ۱۱): {إذا خالف العامل فترک ما اشترط علیه من بعض الأعمال} سواء کانت مرتبطه بالمساقاه مثل إعطاء مزید من الماء للأشجار أو إعطائها الماء فی أوقات خاصه، أو غیر مرتبطه مثل أن یصلی فی البستان جماعهً لأجل زیاده البرکه مثلاً، واستظهر المستمسک إراده المصنف القسم الثانی فقط، وکأنه لمثاله فی الأخیر بالخیاطه، ولإتیان الحکم فی المسأله السادسه والعشرین، فاللازم تخصیص تلک بالقسم الأول، وهذه بالقسم الثانی لئلا یکون تکرار، ولکن إطلاقه فی کلتا المسألتین یمنع عن ذلک، ومثاله بالخیاطه لا یدل علی الاختصاص، والتکرار فی الکتاب غیر عزیز.

{فإن لم یفت وقته فللمالک إجباره علی العمل} لأنه بالشرط صار حقاً له، والحق حیث لا یتوی کان له الحق فی أخذه ولو بالإجبار، قال (علیه السلام): «لی الواجد یحل عقوبته وحبسه».

{وإن لم یمکن} الإجبار {فله الفسخ} بخیار تخلف الشرط، وهل الأمر مرتب بین الإجبار والفسخ حتی لا یکون فسخ إذا أمکن الإجبار کما هو ظاهر کلامه، أم مخیر من أول الأمر بینهما، کما سیأتی فی المسأله السادسه والعشرین، وسیأتی تفصیل الکلام هناک.

وهل للمالک الأخذ بأجره العمل، کما هو ظاهر کلام التحریر، حیث قال فی محکی کلامه: (إذا شرط المالک علی العامل عملاً معیناً وجب علی العامل القیام به، فإن أخل بشیء منه تخیر المالک بین فسخ

العقد وإلزامه بأجره العمل) انتهى.

وظاهر كلامه مطلق، يشمل ما فات وقت العمل أو لم يفت، وإن كان ظاهر المصنف اختصاص الاحتمال بالأول، حيث إنه لم يحتمله فى الفرع المتقدم، الظاهر الإطلاق، لأن المالك استحق على العامل شيئين: ذات الشرط، وكونه صادراً من العامل مباشره، فلما تعذرت المباشره لعدم إمكان إجباره، بعد عدم إتيانه به بنفسه، بقيت الذات، فله استيفاؤها عيناً بأخذ أجير آخر من كيس العامل، أو عمل المالك بنفسه بأجره من كيس العامل، كما أن له الفسخ بخيار تخلف الشرط.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث أشكل بأنه (مبنى على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له، على وجه يكون من أمواله، وهو ممنوع، فإن أقصاه إلزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه، والتسلط على الخيار لعدم الوفاء به، لا لكونه مالاً له) انتهى.

وفى كلام المستمسك حيث قال: (المرتكزات العرفيه تأبى القول بهذا الضمان وإن كان العمل مملوكاً بالشرط فلا مجال للبناء عليه).

إذ يرد على أولهما: إن الملكيه أمر عرفى، فإذا رآها العرف ولم يردع الشارع عنها كان اللازم القول بها، ولذا يعدها العرف مالاً ويبذل فى قبالها المال، فإذا باعه داراً بشرط أن يخيط المشترى ثوبه جعل الثمن أقل، بخلاف ما إذا لم يشترط عليه خياطه الثوب حيث يجعل الثمن أكثر.

وبهذا ظهر أن المرتكزات العرفيه على خلاف ما ذكره المستمسك، أما

مثاله لما ذكره بمن استؤجر على صوم يوم الجمعه فلم يصم لم يستحق الأجره، لا أنه يستحقها وعليه قيمه صوم يوم الجمعه، قال: وكذلك كلامهم فى خيار الاشتراط خال عن التعرض لذلك، وظاهر أنه مع فوات الشرط يتخير من له الشرط بين فسخ العقد وإمضائه من دون استحقاق شيء.

ثم استظهر من كلام الشيخ المرتضى (رحمه الله) حيث قال فى مبحث الشرط: (ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يعدّ مالاً ويقابل بالمال كخياطه الثوب فتعذر، ففى استحقاق المشروط له لأجرته، أو مجرد الخيار وجهان): (إن مراده من الأجره حصه من الثمن بحيث يكون الشرط كجزء من أحد العوضين) انتهى.

فيرد عليه أولاً: إنه لا نسلم عدم استحقاقه قيمه صوم يوم الجمعه، فهو مصادره على المطلوب، بل الظاهر أن العرف يرى ذلك، ولذا إذا ارتفعت قيمه الصوم بين وقت الإجاره ووقت العمل يرى العرف أن تارك الصوم فوّت على المستأجر قيمه أكثر من الأجره.

ويظهر ذلك بما لو استأجره للحج سنه ثمانين بمائه فلم يحج، وصارت أجره الحج فى سنه واحده وثمانين بمائه وخمسين، كان للمستأجر أن يرفع يده عن شرط السنه ويلزمه بالحج فى العام الثانى، أو أن يأخذ منه بقدر أجره الحج ليستأجر بها غيره، لأنه حقه و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

وثانياً: لو سلم فى مثل الصوم الذى لا يعد مالاً، لا نسلم فى مثل الخياطه، ولذا قال الشيخ المرتضى (رحمه الله): (الذى يعد مالاً ويقابل بالمال كخياطه الثوب) والفارق المرتكزات العرفيه.

ص:٢١١

وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط، وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجره العمل بالنسبه إلى حصته، بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ وبين المطالبه بالأجره، وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك

وثالثاً: إن استظهاره من كلام الشيخ أن مراده ما ذكره غير ظاهر، بل قوله: (لأجرته) ظاهر فى نفس الأجره، لا الحصه من الثمن.

وكيف كان، فالأقرب أنه إذا لم يفت الوقت كان له الإجبار، ثم إذا لم يمكن الإجبار كان له أن يعمل بنفسه، أو يستأجر غيره بأجره من كيس العامل، أو الفسخ، مرتباً أو غير مرتب.

{وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط} لما ذكر فى الخيارات {وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجره العمل بالنسبه إلى حصته} لا ـ بالنسبه إلى الواقع، إذ قد تكون الحصه أكثر من حقه الواقعى، وقد تكون أقل، مثلاً ـ حقه مائه بينما الحصه تكون مائتين، أو خمسين، فإذا ترك نصف العمل فى الأول أخذ منه مائه، وفى الثانى أخذ منه خمسه وعشرين، وإنما لا يلاحظ الواقع لأنه لم يلزم بالواقع وإنما بالحصه.

{بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ، وبين المطالبه بالأجره، وجهان، بل قولان} قد عرفت وجههما {أقواهما} عند المصنف وجمله من المعلقين منهم ابن العم {ذلك} لما تقدم من أن الشارط ملك ذلك على المشروط عليه، فله مطالبته ببدله.

لا ـ يقال: على هذا لا ـ يختص الأجره بحصه من العمل، لأن المالك يملك تمام العمل فى عهده العامل بإزاء حصه من الزرع، والتخلف إتلاف له يوجب غرامه بقدر حقه، فحال المقام حال ما إذا اشترى مائه كيلو من الحنطه بمائه دينار

ودعوى أن الشـرط لا يفيـد تمليك العمل المشـروط لمن له على وجه يكون من أمواله، بل أقصاه التزام من عليه الشـرط بالعمل وإجباره عليه

ثم لم يسلمه البائع إلاّ خمسين، حيث إن حقه فى خمسين باقيه بقدر قيمته، سواء كانت قيمته مائه أو خمسه وعشرين.

لأنه يقال: لم يـدخل المشـروط عليه إلاّ بأن يؤدى قـدر المائه عملاً، فإذا لم يؤد إلاّ نصف المائه مثلاً، كان عليه أن يؤدى نصـف المـائه الآخر، فلا عليه أن يؤدى مـائه فى الارتفاع، ولا له أن يؤدى خمسه وعشـرين فى الانخفاض، اللهم إلاّ أن يقال: لما ملك الشـارط عليه ذلك كان للشارط العمل، فإن ارتفع كان للشارط بقـدر المرتفع، وإن انخفض كان للشارط بقـدر المنخفض، مثلاً اشترى زيـد مـا قيمته دينـار بنصف دينـار بشـرط أن يخيـط ثوب البائع، وقيمه خياطه الثوب نصف دينار، فإن الشارط ملك على الخيـاط خياطه ثوب، فإن لم يخط كان له أن يأخـذ قيمه الخياطه، فإذا ارتفعت قيمه الخياطه إلى دينار كان له على الخياط دينار، وإن انخفضت القيمه إلى ربع دينار كان له عليه ربع دينار.

ثم لا يخفى أنه بنـاءً على استحقاقه أجره العمـل، على المشـروط عليه أجره الفـائت لا العمل المجرد، مثلاً إذا كان عمل الساقى بالشـرط ــ الذى هو نصف كل عمل الساقى مثلاً ــ كان الثمر يسوى مائه دينار، أما حيث لم يعمل يسوى الثمر خمسه وعشرين، فإن الشارط يطلبه خمسه وسبعين، لأنه القدر الفائت، لا خمسين باعتبار أنه لم يعمل نصف العمل فقط.

{ودعوى أن الشـرط لا يفيـد تمليك العمل المشـروط لمن له على أن يكون من أمواله} كما سـبق عن الجواهر {بل أقصاه}، لا يريد أن هناك أدنى من ذلك إذ الإجبار والخيار متفق عليه {التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه}

والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به مدفوعه بالمنع من عدم إفادته التمليك، وكونه قيداً فى المعامله لا جزءاً من العوض يقابل بالمال لا ينافى إفادته لملكيه من له الشرط إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه.

والمسأله سياله فى سائر العقود، فلو شرط فى عقد البيع على المشترى مثلاً خياطه ثوب فى وقت معين،

لأنه حق للشارط، و«لا يتوى حق امرئ مسلم» وهو واجد وليُّه يوجب عقوبته وحبسه.

{والتسلط} للشارط {على الخيار ب_} سبب {عدم الوفاء به} بالشرط {مدفوعه بالمنع من عدم إفادته التمليك} كيف والعرف يراه مالاً، ولذا يجعله فى مقابل المال، كما تقدم فى مثال اشتراط الخياطه ونحوها.

{و} إن قلت: إن الشرط لا يقابل بالمال ل_ {كونه قيداً فى المعامله لا جزءاً من العوض يقابل بالمال}.

قلت: {لا ينافى} كونه قيداً {إفادته لملكيه من له الشرط إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه}، وجه عدم المنافاه أن الملكيه أمر عرفى، والعرف يرى المقام ملكاً، ولا ـ يلاحظ الدقه العقليه فى أنه قيد أو جزء، فلا فرق عند العرف بين أن يقول: الكتاب وخياطه ثوبك لك بدينار، وبين أن يقول: الكتاب لك بدينار بشرط أن أخيط ثوبك، فإن المشترى إنما يدفع الدينار فى كلا الحالين فى قبال الكتاب وخياطه الثوب.

{والمسأله سياله فى سائر العقود} بل والإيقاعات، مثل الطلاق والعتق والإبراء.

ص:٢١٤

وفات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبه بأجره الخياطه، وهكذا.

{فلو شرط فى عقد البيع على المشترى مثلاً خياطه ثوب فى وقت معين وفات الوقت} ولم يخط {فللبائع الفسخ أو المطالبه بأجره الخياطه} ولو لم يفت كان له الإجبار، مضافاً إلى ذين، على ما تقدم.

{وهكذا} فى سائر العقود، مثلاً رهنه داره بألف وبناء دكانه، وكان بناء الدكان يسوى مائه، مما يكون الرهن فى الحقيقه بألف ومائه، فإذا لم يبن كان له أخذ المائه.

إلى غيرهما من العقود، وكذا فى الإيقاعات، فإذا كان الطلاق الخلعى فى قبال مائه ولم تدفع إلّا تسعين بشرط خياطه ثوبه وأجرتها عشره، فلم تخط كان له أخذ العشره منها.

والشاهد على أنه ملك يستحق بدله العرف، والشارع لم يردعهم، وبذلك يكون ممضيّاً من قبله، حيث قال:)أوفوا(، و)تجاره(، و«عند شروطهم»، وما أشبه من هذه المطلقات.

مسأله ۱۲ لو شرط العامل أن يعمل غلام المالک معه

(مسأله ۱۲): لو شرط العامل على المالک أن یعمل غلامه معه صح، أما لو شرط أن یکون تمام العمل علی غلام المالک، فهو کما لو شرط أن یکون تمام العمل علی المالک، وقد مر عدم الخلاف فی بطلانه لمنافاته لمقتضی وضع المساقاه،

(مسأله ۱۲): {لو شرط العامل على المالک أن یعمل غلامه معه صح} بلا إشکال ولا خلاف، بل عن التذکره وغیره الإجماع علیه، وذلک لإطلاق دلیل «المؤمنون عند شروطهم».

وتوهم الإشکال بأن ذلک خلاف مقتضی العقد، لأن مقتضی عقد المساقاه أن یکون الأصول من المالک والعمل من العامل، وهنا صار الأصول وبعض العمل من المالک.

غیر وارد، إذ بعض العمل یصح أن یکون من نفس المالک، فکیف بغلامه.

ومنه یعلم صحه اشتراطه علیه أن یعمل معه ولده غیر البالغ مثلاً.

{أما لو شرط أن یکون تمام العمل علی غلام المالک} أو ولده الصغیر مثلاً {فهو کما لو شرط أن یکون تمام العمل علی المالک} فهو لا یصح.

{و} ذلک لما {قد مرّ} فی المسأله العاشره من {عدم الخلاف فی بطلانه}، وذلک {لمنافاته لمقتضی وضع المساقاه}، لکن قد یقال بالصحه إذا کان الإشراف شیئاً مهماً یساوی حق الحصه عرفاً، کما إذا کانت الأصول والعمل فی جانب، وکون المساقی زیداً فی جانب، حیث لولاه یغصب السلطان البستان أو لا یعطیه الماء أو ما أشبه ذلک، لکن لا یخفی أن مثل ذلک لیس عقد مساقاه، بل عقد آخر یشمله)أوفوا بالعقود(، والکلام فی عدم صحته مساقاةً.

ص:۲۱۶

ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه فى البستان الخاص بالعامل، فلا ينبغى الإشكال فى صحته، وإن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى أن عمل الغلام فى قبال عمل العامل فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه، ولا يخفى ما فيها

{ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه} أو ولده غير البالغ {فى البستان الخاص بالعامل، فلا ينبغى الإشكال فى صحته} وذلك لإطلاق دليل الشرط وعدم منافاته للكتاب ولا لمقتضى العقد، وإن ذكر الفاضلان وغيرهما المسأله على نحو يشعر بوجود الخلاف، ولعله من جهه ما يظهر من الشيخ فى المبسوط كما حكى.

ووجه عدم الصحه ما ذكره بقوله: {وإن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى أن عمل الغلام فى قبال عمل العامل} إذا فرض استواء عملهما بأن كانت لكل منهما أصول بقدر الآخر وكان عمل الساقى فى بستان المالك بقدر عمل غلام المالك فى بستان الساقى، وأسوأ من ذلك ما لو كان عمل الغلام فى بستان الساقى أكثر، أما إذا كان أقل فلا يأتى الوجه المذكور للبطلان.

{فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه} وقد تقدم أن جعل الساقى نفسه بلا عمل حسب الشرط ينافى مقتضى العقد وهو يوجب بطلانه.

{ولا يخفى ما فيها} إذ كون العمل على المالك مناف لوضع المساقاه، بخلاف المقام، فإنه لا ينافى المساقاه.

ثم إن الشرط وإن لم يكن مفسداً على ما حقق فى محله، إلاّ أن مثل الشرط فى المقام مفسد من جهه عدم القصد إلى المساقاه معه، فهو مثل اشتراط

ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاه، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل، ففى صحته وجهان، لا يبعد الأول، لأن الغلام حينئذ كأنه نائب عنه فى العمل بإذن المالك،

أن لا ـ يكون المبيع ملكاً للمشترى، والمرأه زوجه فى النكاح، حيث لا يقال فى مثلهما بصحه البيع والنكاح من جهه أن الشرط الفاسد ليس بمفسد.

و(فيها) عائد إلى (الدعوى) وإذا بطلت الدعوى فلا بطلان.

{ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاه} فينتقل بالمساقاه عمل الغلام إلى العامل، لا أن عمل الغلام يبقى للمالك كما كان فى الفرع السابق، {بأن يكون} بالشرط على نحو شرط النتيجه {عمله له، بحيث يكون} الغلام {كأنه هو العامل} فيكون كما إذا وهب المالك عمل غلامه للعامل، أو استأجر العامل الغلام فكان عمله للعامل بالإجاره ثم جعل عمل الغلام فى المساقاه.

{ففى صحته وجهان، لا يبعد الأول} الصحه، إذ العمل بالشرط صار للعامل، وحيث لم يكن اللازم فى المساقاه مباشره العامل صح أن يسقى بواسطه آخر، من غير فرق بين عبد نفسه أو أجيره أو من وهب له عمله أو ما أشبه ذلك، فإذا عمل غلام المالك للعامل بالنيابه عنه كان بمنزله الأجير للعامل.

{لأن الغلام حينئذ} حين الشرط {كأنه نائب عنه} الظاهر عدم الاحتياج إلى (كأنه) بل نائب عنه {فى العمل} فى البستان {بإذن المالك} فهو كما إذا وهب المالك عمل عبده لزيد، ثم ساقاه على أصول، وجعل العامل العبد يعمل فى البستان.

ص:٢١٨

وإن كان لا يخلو عن إشكال مع ذلك، ولازم القول بالصحه الصحه فى صوره اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابه عن العامل.

{وإن كـان لاـ يخلو عن إشـكال مع ذلـك} لأـن حاصـل الأمر أن العامل لا يعمل عملاً، ومع ذلك له الحصه، بينما فى المساقاه حصه العامل فى مقابل عمله، لكن فيه: إن العامل يعمل عملاً بنائبه، وقد تقدم أنه إذا لم يشترط المباشـره صح أن يعمل بنفسه أو نائبه.

أما أن النائب كيف صار نائباً له بالشرط أو بالإجاره أو بتبرع النائب العمل للعامل أو غير ذلك، فإنه لا يرتبط بالمساقاه حتى يضرّ بها.

{ولاـزم القول بالصـحه} فى العبـد {الصـحه} للمساقـاه أيضـاً {فى صوره اشـتراط تمـام العمـل على المالـك بعنوان النيـابه عن العامـل}، لأـن العمـل يكون عمـل العامـل حينئـذ، فتكون له الحصه فى قبال عمله النيابى، وكـذلك فى عكس المسأله، كما إذا أعطى المالـك أصوله لإنسـان عـاريه فـأعطى المسـتعير الأـصول إلى المالـك بعنوان المساقـاه، فعمـل المالك فى الأصول، فإن للمسـتعير الحصه ــ وإن كان كل من الأصول والعمل من المالك ــ لأن فائده الأصول صارت للمسـتعير بالعاريه، والحصه له فى قبال فائدته من الأصول.

مسأله ۱۳ لا يشترط مباشره الساقى العمل

(مسأله ۱۳): لا ـ يشترط أن يكون العامـل فى المساقـاه مباشـراً للعمل بنفسه، فيجوز له أن يسـتأجر فى بعض أعمالها أو فى تمامها ويكون عليه الأجره، ويجوز أن يشترط كون أجره بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع لا وجه له

(مسأله ۱۳): {لا يشترط أن يكون العامل فى المساقاه مباشراً للعمل بنفسه} وذلك لتعارف اتخاذ العامل الأجير ونحوه، ولم يردع عنه الشارع، فمثلها ممضاه يشمله إطلاق الأدله.

{فيجـوز له أن يسـتأجر فى بعض أعمالهـا أو فى تمامهـا ويكـون عليه الأـجره} حسب مقتضـى الإجـاره، وتكون الحصه له سواء كـانت أزيـد من الأـجره أو أقـل أو مساوياً، واحتمال أنه لا وجه لزياده الأجره بـدون أن عمل العامل عملاً غير تام، لأن عمله هو الاستيجـار وهو عقلاـئى بإزائه المال، فقـد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) أن المال فى قبال العمل الجسـدى والفكرى والمواد وشرائط الزمان والمكان والعلاقات الاجتماعيه.

{ويجوز} للعامـل {أن يشترط كون أجره بعض الأعمـال على المالـك} سواء بإعطائهـا من الثمره أو غيرهـا، وإنمـا جاز لإطلاق دليل الشرط الذى لا ينافيه الكتاب ولا مقتضى العقد.

{والقول بالمنع} كما حكى عن الشيخ معللاً منافاته لمقتضى عقد المساقاه، إذ هى إعطاء الأصول فقط فى قبال عمل العامل، فقد أعطى المالك هنا الأصول وبعض العمل.

{لا وجه له} إذ مثل هذا الشرط ينافى الإطلاق، لا المقتضى، ولذا قال

وكـذا يجوز أن يشترط كون الأـجره عليهمـا معـاً فى ذمتهما، أو الأداء من الثمر، وأما لو شـرط على المالك أن يكون أجره تمام الأعمال عليه أو فى الثمر، ففى صحته وجهان:

أحدهما: الجواز لأن التصدى لاستعمال الأُجراء نوع من العمل

الجواهر: (وفيه منع واضح، ضروره عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه).

وإشـكال المسـتمسک عليه بأن أدله المساقاه لا إطلاق لها يشمل المقام غير وارد، إذ العرف يرى ذلك مساقاه، والشارع لم يردع عنه، وكفى بمثل ذلك إطلاقاً، وإلاّ أشكل على المستمسک فى كل المسائل التى تمسک فيها بالإطلاق.

{وكـذا يجوز أن يشترط كون الأـجره عليهمـا معـاً}، وذلـک لإطلاـق دليل الشـرط بعـد عـدم منافاته للكتاب أو مقتضاها، سواء جعلت {فى ذمتهمـا أو الأـداء من الثمر} أو فى مـال خـارجى بمختلف الخـارجى من الشخصـى والكلى فى المعين والمشـاع، أو بالاختلاف بأن تكون الأجره التى على أحدهما نحواً وعلى الآخر نحواً آخر، كل ذلك لما عرفت من الإطلاق.

{وأما لو شـرط} العامل {على المالك أن يكون أجره تمام الأعمال عليه، أو فى الثمر} الذى للمالك، إذ لو كان فى مطلق الثمر كانت مشتركه بينهما، أو أن يجعل الثمر أثلاثاً، ثلث للمالك وثلث للعامل وثلث لمن يعمل أجيراً.

{ففى صـحته وجهـان، أحـدهما: الجواز لأـن التصـدى} من العامـل {لاسـتعمال الأجراء نوع من العمل} وأى فرق بين أن تكون للعامل الحصه ويستأجر الأُجراء

وقد تدعو الحاجه إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها، والمالك ليس له معرفه بذلك.

والثانی: المنع لأنه خلاف وضع المساقاه، والأقوی الأول، هذا

بقدر منها، مثلاً له نصف الثمر ویعطی الأجراء نصف ماله، أو أن تکون للعامل الربع بشرط أن یستأجر الأجراء بالربع، فإن العقلاء لا یفرقون بین الأمرین.

{وقد تدعو الحاجه إلى من یباشر ذلک} أی استعمال الأجراء {لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم} وخوفهم من العامل دون المالک {وعدمها، والمالک لیس له معرفه بذلک} أو لا یخاف منه الأجیر حتی یعمل کما یعمل إذا استأجره العامل، إلى غیرها من الدواعی العقلائیه فی إعطاء العامل الحصه فی قبال استئجاره للأجراء.

{والثانی: المنع لأنه خلاف وضع المساقاه} من کون العمل من العامل بنفسه، أو بالنیابه تبرعاً عنه، أو فی قبال حصه، أو أجره تخرج من کیس المالک.

{والأقوی الأول}، وإن خالفه أکثر المعلقین أمثال الساده الجمال والبروجردی وابن العم وغیرهم، لأنه لیس بمساقاه حینئذ، والمنع وإن کان مشکلاً إلاّ أن القول بکونه مساقاهً أیضاً مشکل، والأحوط أن یقال: إنه عقد مستقل، ولذا قال المستمسک: (التعلیل المذکور یقتضی عدم صحته مساقاهً، ولا یمنع من صحته عقداً آخر).

{هذا} بعض الکلام فی الفروض السابقه، نعم لا ینبغی الإشکال فی ما إذا جعل کل الأجره على المالک فی عقد آخر، فإنه لا یضر بکون العقد السابق

ولو شرطا كون الأجره حصه مشاعه من الثمر بطل، للجهل بمقدار مال الإجاره فهى باطله.

مساقاةً، فإنه مثل أن يجعل عليه مال من دون ذكر الأجره، ومثله ما إذا شرط عليه فى المساقاه إعطاء مائه دينار مع النصف للعامل وكانت المائه بقدر الأجره، إذ لا يرد عليه الإشكال السابق، وإن كان الشرط المذكور بداعى إعطاء المائه أجره لمن يستأجره العامل.

{ولو شرطا كون الأجره} لمن يستأجره العامل {حصه مشاعه من الثمر بطل} إن كانت الحصه مجهوله {للجهل بمقدار مال الإجاره فهى باطله} إذ قد تحقق لزوم العلم بقدر مال الإجاره.

مسأله ۱۴ إذا شرط انف ا رد أحدهما بالثمر

(مسأله ۱۴): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد

(مسأله ۱۴): {إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد} على المشهور، إذ المساقاه شرعاً وعرفاً غير ذلک فلا مساقاه.

نعم، اللازم القول بالصحه إذا کان هناک مقصود عقلائى، فإنه داخل فى عموم)أوفوا بالعقود(، کما إذا کان غرض المالک حصول السقايه لئلا تيبس الأصول، فيجعل کل الثمر للعامل، کما ذکره المستمسک، أو کان غرض العامل الاستفاده من هواء البستان وعمل السقايه لأجل ترويض جسمه وسکنى البستان فيجعل کل الثمر للمالک، ولذا لم يکن وجه لتخصيص المستمسک الصحه بالأول، فإن کلا الأمرين عمل عقلائى لا وجه للقول بالبطلان فى أى منهما، نعم إذا لم تکن أيه فائده للمالک أو للعامل لم يکن وجه للصحه.

ثم هل يصح الأمر مساقاةً إذا جعل العامل لنفسه أکله من البستان کل يوم يعمل فيه بعد الثمر، أو استفادته من حشائش البستان وسعف النخل، أو دود الأرض فإن له قيمه حيث إنه دواء، أو أطيانه أو ما أشبه ذلک، وکذا العکس إذا جعل المالک لنفسه مثل ذلک، وجعل کل الثمر لأحدهما ـــ بعد أنه لا ينبغى الإشکال فى صحته عقداً جديداً ـــ احتمالان:

من أنه نوع من الفائده، بل الأوراد والحطب ونحوهما نوع من الثمر، فيشمله المناط أو الإطلاق.

ومن أنه خلاف المساقاه المتعارفه الوارده فى النص والفتوى، مقتضى الصناعه الثانى إلاّ إذا عدّ مثل الورد ثمراً کما تقدم، فيکون مساقاةً.

وكان جميعه للمالك، وحينئذ فإن شرطا انفراد العامل به استحق أجره المثل لعمله، وإن شرطا انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً لأنه حينئذ متبرع بعمله.

أما قوله فى صوره البطلان: {وكان جميعه للمالك} فقد تقدم الإشكال فيه، لأن الثمر حاصل الأمرين: العمل والأصل، فلا وجه لاختصاص أحدهما به فاللازم التقسيم بالنسبه العقلائيه.

{وحينئذ} على مبناهم من اختصاص المالك بالثمر بعد بطلان المساقاه {فإن شرطا انفراد العامل به استحق أجره المثل لعمله} لأن المالك استوفى عمله فيكون ضامناً له، لقاعده «لا يتوى حق امرئ مسلم» و«حقوق المسلمين لا تبطل» وغيرهما، كما تقدم الإلماع إلى ذلك فى كتابى المضاربه والمزارعه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسک الذى تمسک له بعدم الردع فقال: (لأن الاستيفاء من أسباب الضمان عرفاً فيكون موجباً له شرعاً لعدم الردع) انتهى.

ثم إنه يأتى هنا احتمال أقل الأمرين من الثمره والأجره، لأن العامل قبل بالأقل، فى صوره أقليه الثمره عن الأجره.

{وإن شرطا انفراد المالك به} فهل {لا يستحق العامل شيئاً}، ولذا قال الشرائع والقواعد: بل الأكثر، كما فى المسالك، أنه إذا تبين بطلان المساقاه كانت الثمره للمالك.

{لأنه حينئذ متبرع بعمله} كما عن المسالك والكاشانى والرياض، أو يستحق العامل أجره المثل، لأن رضاه كان مبنياً على العقد، فإذا لم يكن عقد لم

يكن رضى، ويقال مثله فى جميع أشباه ذلك، كما إذا عقدها بدون مهر المثل ثم ظهر بطلان العقد وقد افتضها حيث يكون عليه مهر المثل، إلى غير ذلك من المقامات.

ولذا قال في الجواهر: (الرضا بالعقد المتضمن لعدم الأجره ليس رضاً بالعمل بلا أجره، فإن الحيثيه ملاحظه).

أو يفصل بين الأمرين بأنه إذا كان رضى مطلقاً لم يستحق، وإن كان رضى مبنياً على العقد استحق، لما ذكر من الوجهين، الأقرب الثالث، لأنه مقتضى القاعده.

أما الإشكال على استحقاق العامل _ بأى حال سواء أطلق، أو فى الصوره التى ذكرها المفصل _ بأنه خلاف قاعده: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) فقد رده المستمسك بأنه دليلها الإجماع، ولا إجماع فى المقام، كما يرده أيضاً بأنها قاعده مصطيده من الأدله الأوليه، وقد عرفت أن الدليل الأولى فى المقام يقتضى التفصيل.

ثم إنه بناءً على استحقاق العامل أقل الأمرين من الأجره والحصه، فيما شرط انفراد العامل بتمام الثمر مقتض لعدم استحقاقه شيئاً إذا لم يكن ثمر أصلاً.

مسأله ۱۵ الحصه من بعض الأنواع

(مسأله ۱۵): إذا اشتمل البستان على أنواع، كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه، فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد، فيجوز المساقاه عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما وإن لم يعلم عدد كل نوع، إلّا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر.

(مسأله ۱۵): {إذا اشتمل البستان على أنواع، كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه} بل وكذا غير الفواكه، حيث قد تقدم أن مثل الأزهار والأعشاب العقاقيريه ونحوها داخله في المساقاه أيضاً.

{فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد} كما هو المشهور، بل عن التذكره الإجماع عليه، ونسبه المستمسك إلى ظاهر الأصحاب، وذلك لأنه عقلائي متعارف فيشمله إطلاق الأدله أو مناطها.

{فيجوز المساقاه عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما، وإن لم يعلم عدد} أشجار {كل نوع} ولا كميه ثمر كل نوع ولو تخميناً، بل الظاهر أن الأمر كذلك فيما إذا لم يعلم ما ذا في البستان من الأشجار، هل هي موز أو تفاح أو زيتون أو ما أشبه، إذا كان العمل والحاصل معلوماً ولو تخميناً.

{إلّا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر} لنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه، كما تقدم.

وكذلك يمنع عما إذا كان عدم معرفه المالك أو العامل قدر الاحتياج إلى الماء للجهل بأن الأرض رطبه تسقى الأصول أم لا، أو قدر الثمر التخميني، مثلاً لم يعلم العامل هل يعطي ألف وسق، أو خمسين وسقاً حيث لم يكن يقبل

على الثانى، أو كان المالك لا يعلم حيث لم يكن يعطى على الأول، إلى غير ذلك من صور الغرور.

ثم إنه إن انخدع بزعمه إعطاء الحاصل بقدر كذا، لكن صارت عوارض فى الجو مما سبب قله الثمر فلا يضر، لأن بناء المساقاه والمزارعه على ذلك.

ص:٢٢٨

مسأله ۱۶ جواز الاختلاف فی الحصص

(مسأله ۱۶): یجوز أن یفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر، کأن یجعل النخل بالنصف والکرم بالثلث والرمان بالربع وهکذا، واشترط بعضهم فی هذه الصوره العلم بمقدار کل نوع، ولکن الفرق بین هذه وصوره اتحاد الحصه فی الجمیع غیر واضح، والأقوی الصحه مع عدم الغرر فی الموضعین

(مسأله ۱۶): {یجوز أن یفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر} کما هو المشهور، وفی الجواهر بلا خلاف ولا إشکال، {کأن یجعل النخل بالنصف والکرم بالثلث والرمان بالربع وهکذا} ووجهه أنه من المساقاه العقلائیه والعرفیه، فالدلیل یشمله إطلاقاً أو مناطاً.

{واشترط بعضهم} کالعلامه فی القواعد، ونقله مفتاح الکرامه عن الشیخ والمحقق والشهیدین وغیرهم، بل ظاهره اتفاقهم علیه، لأنه قال فی الخلاف: لم یشترط علمه بکل منهما، لکنه مراد له.

{فی هذه الصوره} صوره أن یفرد کل نوع بحصه {العلم بمقدار کل نوع} وکأن الاشتراط لأجل أنه بدون العلم یستلزم الغرر.

{ولکن الفرق بین هذه وصوره اتحاد الحصه} من الکل أی {فی الجمیع غیر واضح}، وقد حاول المسالک وغیره إبداء الفرق، لکن بما لیس بفارق فی المقام.

{والأقوی الصحه مع عدم الغرر فی الموضعین} لإطلاق بناء العقلاء، وقد قرره الشارع کما دل علیه الإطلاق، والإشکال فی ذلک باختلاف الدواعی فی الحصص فهو غرری دائماً غیر تام، إذ قد تختلف الدواعی بما تجعله غرراً، وقد

والبطلان معه فيهما.

لا ـ تختلف، مثلاً ـ قد يكون مقصود أحدهما الثمر، لأن أكثر أكله الثمر، فإذا لم يعلم بذلك كان مغروراً عرفاً، وقد يكون مقصودهما المال، والمال بقدر كذا تخميناً من غير فرق بين أن يكون الزيتون أكثر أو التفاح مثلًا، ثم ليس المراد العلم الدقيق، بل كما قاله التذكره حيث قال: المعرفه إنما تكون بالنظر والخرص والتخمين.

ومن ذلك ظهر وجه قوله: {والبطلان معه فيهما}، إذ قد سبق أن نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر يفيد الوضع، وهو كما يبطل المساقاه يبطل إذا قُصد به عقد جديد.

ص:٢٣٠

مسأله ۱۷ لو ساقاه بالنصف تاره والثلث أخرى

(مسأله ۱۷): لو ساقاه بالنصف مثلًا إن سقى بالناضح، وبالثلث إن سقى بالسيح، ففى صحته قولان: أقواهما الصحه، لعدم إضرار مثل هذه الجهاله لعدم إيجابهما الغرر

(مسأله ۱۷): {لو ساقاه بالنصف مثلًا إن سقى بالناضح، وبالثلث إن سقى بالسيح، ففى صحته قولان}: البطلان كما عن المبسوط والتذكره والتحرير والمسالك والمفاتيح وغيرهم، وعن الكفايه والرياض إنه الأشهر، وهو دليل وجود القول بالصحه، وإن ذكر مفتاح الكرامه وغيره أنه لم يجده.

نعم فى الشرائع بعد أن أفتى بالبطلان وعلله بأن الحصه لم تتعين قال: وفيه تردد.

وكيف كان، فـ {أقواهما الصحه} لإطلاق الدليل أو مناطه، بعد أنه أمر عقلائى عرفى ولم يردع عنه الشارع ولا مانع.

{لعدم إضرار مثل هذه الجهاله، لعدم إيجابها الغرر} فقد تقدم أنه عرفى، والعرف لا يرى الغرر فى ذلك، والجهاله المانعه من المعامله غير متحققه، وما يتحقق منها ليس مانعاً.

ثم الغرر لا يلازم الضرر، فتعليل المصنف الحكم بعدم الضرر وتعليله بعدم الغرر محل نظر، بل كان الأولى تعليله بعدم الغرر.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: إن كان دليل مانعيه الجهاله شاملًا لما نحن فيه، كان اللازم القول بالبطلان، وإن لم يكن الدليل شاملًا فاللازم القول بالصحه، وإن كان الجهل موجباً للخطر)، إذ الغرر كاف فى المنع، فإن بين

مع أن بناءها على تحمله خصوصاً على القول بصحه مثله فی الإجاره،

الجهاله والغرر لغویاً عموماً من وجه، فإذا لم یعلم ما ذا فی یده لم یصح شراؤه بدرهم وإن علم أنه یسوی بدرهم، فالجهاله منعت وإن لم یکن غرر، والعاصی عن علم مغرور لغهً وعرفاً وإن علم بالواقع وآثاره، نعم فی المعاملات ونحوها بینهما عموم مطلق، فکل غرور عن جهل، ولا عکس.

ثم الظاهر أمثال هذه المرددات فی المعاملات یوجب أن یملک المالک علی الآخر الأمر المردد، فإنه المتفاهم عرفاً، فقول المستمسک: (بأن المالک یملک علی العامل الجامع بین الأمرین فی قبال الحصه الجامعه بین الحصتین، إذ لیس فی المردد مطابق فی الخارج، لأن کل ما فی الخارج متعین) انتهی ملخصاً، غیر ظاهر الوجه.

لأنه یرد علیه أولاً: إنه خلاف المتفاهم عرفاً.

وثانیاً: بأن الجامع لا خارج له أیضاً.

وثالثاً: بأنهما متساویان فی الإنشاء، لأنه خفیف المؤنه، والمعامله لا تحتاج إلّا الإنشاء والعقلائیه وکلاهما متوفر فی المقام.

{مع أن بناءها} أی المساقاه {علی تحمله} أی تحمل الغرر فی الجمله، وهذا من الغرر فی الجمله، وإلاّ فلیس المراد أن کل أنواع الغرر غیر ضار بها.

{خصوصاً علی القول بصحه مثله فی الإجاره} فإن الإجاره أضیق دائره من المساقاه، فإذا جاز ذلک فی الأضیق جاز فی الأوسع بطریق أولی.

ص:۲۳۲

كما إذا قال: إن خطت رومياً فبدرهمين، وإن خطت فارسياً فبدرهم.

{كما إذا قال: إن خطت رومياً فبدرهمين، وإن خطت فارسياً فبدرهم} فإنه إذا جاز لم يكن استثناءً عن الغرر المانع، بل ليس بغرر، ففى المقام أولى أن لا يكون غرراً.

نعم من منع فى الإجاره للزومه الغرر، قال بمثله هنا، إلاّ أن يرد عليه بعدم التلازم، لتحمل المساقاه من الغرر ما لا تتحمل الإجاره مثله، لكن الأقوى صحته حتى فى الإجاره.

ص:۲۳۳

مسأله ۱۸ إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا

(مسأله ۱۸): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضه أو غيرهما، مضافاً إلى الحصه من الفائده، والمشهور كراهه اشتراط المالک على العامل شيئاً من ذهب أو فضه، ومستندهم فى الكراهه غير واضح،

(مسأله ۱۸): {يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضه أو غيرهما} من الأموال والأعمال {مضافاً إلى الحصه من الفائده} وذلک لإطلاق دليل الشرط، ولا محذور فى المقام، ولذا لم يكن فيه بيننا خلاف، وفى المسالک: (إن العامه أطبقوا على منعه وأبطلوا به المساقاه) انتهى.

وحكى عن المهذب أن الأحوط تركه، ولعله أراد الاحتياط الاستحبابى.

ومنه يعلم صحه اشتراط كل منهما على الآخر، كأن يشترط المالک على الزارع أوقيه من الفضه، والعامل على المالک أوقيه من الذهب، لما تقدم من الإطلاق.

و{المشهور كراهه اشتراط المالک على العامل شيئاً من ذهب أو فضه} بل فى المسالک: لا نعلم بينهم خلافاً فى ذلک، {ومستندهم فى الكراهه غير واضح}، لكن فتوى الفقيه كافيه فى جريان دليل التسامح، بل ادعى مفتاح الكرامه الإجماع عليه، وإن قال: إن فى الكافى والتذكره التصريح بجواز الاشتراط ولم يذكرا الكراهه.

{كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصوره} اشتراط المالک على العامل {أو جريانها فى العكس} اشتراط العامل على المالک {أيضاً} لكن مقتضى

كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصوره أو جريانها بالعكس أيضاً، وكذا اختصاصها بالذهب والفضه أو جريانها فى مطلق الضميمه، والأمر سهل.

ذكرهم الأول فقط عدم الفتوى فى الثانى، كما أشار إليه المستمسك وغيره.

{وكذا} لم يتضح عند المصنف {اختصاصها} أى الكراهه {بالذهب والفضه أو جريانها فى مطلق الضميمه} وإن كان يرد عليه أنهم أطلقوا جواز الاشتراط بدون استثنائهم للضميمه، مما يدل على عدم قولهم بالكراهه فيها، ولعله شك من جهه احتمال أنهم مثلوا بالذهب والفضه، لا أنهم أرادوا الخصوصيه بهما فى الكراهه.

{والأمر سهل} وإن كان لا كراهه فى ضميمه غيرهما.

ثم لا فرق فى كراهتهما أن يكونا بصوره النقد أو الحلى أو لا، لإطلاق قولهم بالكراهه بضميمه التسامح.

ص:٢٣٥

مسأله ۱۹ هل تلف بعض الثمر يسقط من الشرط

(مسأله ۱۹): فی صوره اشتراط شیء من الذهب والفضه أو غیرهما علی أحدهما، إذا تلف بعض الثمره هل ینقص منهما شیء أو لا، وجهان

(مسأله ۱۹): {فی صوره اشتراط شیء من الذهب والفضه أو غیرهما علی أحدهما} ولو عملاً کخیاطه الثوب {إذا تلف بعض الثمره} بما لا یعوض، لا ما إذا عوضها المتلف وإلاّ فلا إشکال ولا خلاف فی المسأله حسب القواعد الأولیه، {هل ینقص منهما شیء أو لا، وجهان} وجه النقص من جهه أن عمل الساقی مقابل بالحصه وتلک المقابله منحله إلی مقابلات، فإذا کانت الحصه ألف منّ والعمل ألف ساعه، وشرط ألف مثقال من الفضه من العامل للمالک، کان معنی ذلک أن کل منّ یأخذه العامل یعطی فی قباله ساعه من العمل ومثقالاً من الفضه، فإذا تلف مائه منّ کان اللازم علیه إعطاء تسعمائه مثقال.

وهکذا ینبغی الکلام فی العکس، لو شرط العامل علی المالک ألف مثقال مع الحصه، کان معناه أن کل ساعه من عمله أعطاها فی قبال منّ ومثقال، فإذا نقص من عمله بقدر مائه ساعه کان للمالک أن ینقص من الشرط بقدر مائه مثقال.

هذا، ثم إن ما ذکروه فی الذهب ونحوه یأتی فی العمل أیضاً، فإذا کانت الحصه ألف منّ والعمل ألف ساعه، وشرط خیاطه عشره أثواب من العامل للمالک، کان معنی ذلک أن کل مائه منّ فی قبال مائه ساعه وخیاطه ثوب، فإذا نقص مائه منّ کان للعامل أن لا یخیط له إلاّ تسعه أثواب، وهکذا.

ولذا قال المحقق والشهید الثانیان: إن المساقاه علی الثمره مبنیه علی التبعیض، لأن المقابله بین العمل والثمره منحله إلی مقابلات متعدده، ووجه

أقواهما العدم

عدم النقص عدم المقابله بين أجزاء الشرط وأجزاء الطرفين، بل الشرط أمر خارج، ففى المثال المقابله بين ألف ساعه وألف منّ فقط، وإنما العقد مشروط بالشرط.

والأقرب من الوجهين وجه ثالث، وهو التفصيل بين صورتى القصد إذ العقود تتبع القصود، فإن قصدا المقابله بين أجزاء الشرط وأجزاء الطرف كان اللازم النقص، وإن لم يقصدا كان اللزوم عدم النقص، لكن المتعارف القصد، فإن المعاملات مبنيه على تعارف جعل الشرط حسب الموازين الاقتصاديه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المصنف: {أقواهما العدم} تبعاً لجامع المقاصد والمسالك والروضه، كما حكاه مفتاح الكرامه عنهم واختاره هو، وإن قال القواعد: وفى تلف البعض أو قصور الخروج إشكال، وتبعه فى عدم الترجيح محكى الإيضاح، وقد استدل له المستمسك بوجوه لا تخلو من نظر قال:

أولاً: بأن التلف لا يوجب بطلان المعاوضه، لأنه من كيس العامل أيضاً ولا يختص بالمالك.

وثانياً: بأن المقابل به العمل جنس الثمره لا أجزاؤها.

وثالثاً: بأنه لا دليل على تبعيه الشرط لأحد العوضين فى التقسيط، إذ الشرط ليس من أحد العوضين، وإنما هو خارج عن المعاوضه، فإذا بطلت فى بعضها لم يكن وجه لسقوط الشرط أو تبعضه، لأنه خلاف عموم صحه الشرط.

ويرد على الأول: إنه لما كان الشرط فى جانب مقابل جانب آخر لم يكن

فليس قرارهما مشروطاً بالسلامه، نعم لو تلفت الثمره بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففى سقوط الضميمه وعدمه أقوال.

وجه لعدم البطلان بقدره مثل تبعض الصفقه.

وعلى الثانى: إن المقابل أجزاء لا جنس، ولذا يختلف بزياده الأجزاء وقلتها مع وجود الجنس على كلا الحالين.

وعلى الثالث: إن الدليل العرف، والشارع لم يمض إلّا الأمر العرفى، ولذا لا يشك العرف فى أنه لو اشترى منه شاتين بدينارين بشرط خياطه ثوبين، كل خياطه تسوى درهماً، لو ظهر عدم ملكيته لإحدى الشاتين، فى أن لا حق للبائع إلّا فى دينار وخياطه ثوب، حيث إن المفروض أن الشاه فى السوق تسوى ديناراً ودرهماً.

وكيف كان، فقد عرفت أن المعيار القصد وهو مختلف، وإنما ذكرنا الردود المذكوره فى قبال من يطلق العدم، وعليه {فـ} إطلاق قوله: {ليس قرارهما مشروطاً بالسلامه} محل نظر.

{نعم لو تلفت الثمره بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففى سقوط الضميمه وعدمه أقوال}:

الأول: السقوط كما فى الشرائع والقواعد ومحكى المهذب البارع وجامع المقاصد والروضه وغيرها، وجمله منهم قالوا يجب الوفاء مع السلامه، فيحتمل السلامه فى الكل أو البعض، وإن كان ظاهرها السلامه فى الكل، وجمله منهم اقتصر على اشتراط عدم التلف، فراجع مفتاح الكرامه وغيره، وعلل السقوط المسالك بأنه لولاه كان

ثالثها: الفرق بين ما إذا كانت للمالک على العامل فتسقط، وبين العكس فلا تسقط.

أكلاً ـ للمـال بالباطـل، فـإن العامـل قـد عمل ولم يحصل له عوض، فلا أقل من خروجه رأساً برأس، وربما يعلل ذلک بأنه إذا لم يكن ثمر يبطل المساقاه، فإذا لم تكن مساقاه لم يكن وجه لوجوب الوفاء بالشرط.

الثانی: عدم السـقوط، لأنه مقتضی الشرط، واستفاده العامل من الحصه وعدمها لا ترتبطان بالوفاء بالشرط، كما فی سائر الأماكن، كما إذا اسـتأجر بشـرط لكنه لم يتمكن المسـتأجر من الاسـتفاده عن العين، فإنه لا يوجب سـقوط الشرط الذی عليه، وكونه أكلًا للمـال بالباطـل أول الكلام، بـل هو أكـل للمال حسب الشـرط وذلک ليس بباطل، وقوله: (فلا أقل) بحاجه إلی الاسـتدلال، فإنه ليس من الأدله الشرعيه.

أمـا حيث ابتنـاء المساقـاه علی المعـاوضه، فإذا تلفت الثمره بطلب المساقاه، ففيه سؤال أنه من أين تبطل المساقاه بعـد أن لم يكن التلف من أحـد الطرفين، فهـل إذا مـاتت الزوجه يبطل العقـد، فلا يلزم علی الزوج الوفاء بالشـرط الـذی عليه مما ذكر فی ضـمن العقد.

{ثالثهـا: الفرق بين مـا إذا كـانت} الشـروط {للمالـک علی العامـل فتسـقط} بـالتلف لما تقـدم فی دليل القائل بالسـقوط {وبين العكس} بأن كانت الشروط للعامل علی المالک {فلا تسقط} لما ذكره المسالک قائلًا: (نعم لو كان الشرط للعامل علی رب

رابعها: الفرق بين صوره عدم الخروج أصلاً فتسقط، وصوره التلف فلا

الأرض اتجه عدم سقوطه، لأن الغرض من قبل العامل قد حصل، والشرط قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه، وربما قيل بمساواته للأول وهو ضعيف).

أقول: لا يخفى أن الاستدلال المذكور إنما يلائم ما إذا كان وجه سقوط الشرط الذى لرب المال ما تقدم منه من قوله: (فلا أقل من خروجه رأساً برأس)، أما على الاستدلال الثانى الذى ذكرناه بقولنا: (وربما يعلل) فالعله هنا باقيه، إذ لو كان بطلان المساقاه موجباً لبطلان الشرط ــ وقد بطلت المساقاه ــ لم يكن وجه للشرط، من غير فرق بين شرط المالك على العامل أو بالعكس، بل يتجه سقوط شرط العامل على المالك، حتى على العله التى ذكرها المسالك، فيقال: بأنه لولاه لكان أكلاً للمال بالباطل، فإن المالك قد أعطى أصوله سنه كامله مثلاً ولم يحصل له عوض فلا أقل من خروجه رأساً برأس.

{رابعها: الفرق بين صوره عدم الخروج} للزرع {أصلاً فتسقط} الشروط من الطرفين على الآخر، {وصوره} الخروج ثم {التلف فلا} تسقط، لأنه إذا لم تخرج فلا مساقاه فلا شرط، أما إذا خرجت فقد دخل الثمر فى ملكهما، فوجب على العامل الوفاء بالشرط لأنه حصل الحصه، وعلى المالك الوفاء بالشرط لأنه حصل الحصه.

أما تلف الحصه بعد ذلك فلا ربط له بالمشروط له، كما إذا شرط البناء

والأقوى عـدم السـقوط مطلقاً، لكونه شـرطاً فى عقـد لازم فيجب الوفاء به، ودعوى أن عـدم الخروج أو التلف كاشف عن عـدم صحه المعامله من الأول لعدم ما يكون مقابلاً للعمل،

على المالك شـرطاً، فلما بنى الدار وكملت انهدمت بآفه سـماويه مثلاً، فإن الانهدام لا يوجب سقوط شرط العامل على المالك، وكذلك العكس، فإن انهدام الدار لا يوجب سقوط شرط المالك على العامل بعد أن انتهى عمله وأخذ أجرته.

{والأقوى عـدم السـقوط مطلقاً} إلاّ إذا كان الشـرط على نحو محـدود بخروج الثمره وعـدم تلفها، ووجه الاسـتثناء واضح، إذ لو كان الشـرط محـدوداً لم يكن شـرط فى غير تلك الصوره، من غير فرق بين أن يكون الشـرط محـدوداً بخروج الثمره، أو ببقائها وعدم تلفها بعد الخروج، وكأن المصنف والذين اتبعوه من المعلقين لم يقصدوا صوره الاستثناء ولذا أطلقوا الحكم.

وإنمـا كـان اللازم عـدم السـقوط مطلقـاً {لكونه شـرطاً فى عقـد لازم فيجب الوفـاء به} لإطلاق دليل الوفاء بالشـرط {و} الـ {دعوى} التى ادعاها فى جامع المقاصد دليلاً على السقوط من {أن عدم الخروج} للثمر {أو التلف} بعد الخروج {كاشف عن عـدم صـحه المعامله من الأول، لعـدم ما يكون مقابلاً للعمل} فإن الحصه كانت تقابل العمل، والشـرط للمالك على العامل كان لأجل ما يستفيد العامل من الحصه، فإذ لا حصه فلا مقابل للعمل فلا معامله، وحيث لا معامله فلا شرط، إذ الشرط يجب الوفاء به

أما فی صوره کون الضـمیمه للمالک فواضح، وأما مع کونها للعامل فلأن الفائده رکن فی المساقاه فمع عدمها لا یکون شیء فی مقابل العمل، والضـمیمه المشـروطه لا تکفی فی العوضـیه، فتکون المعامله باطله من الأول، ومعه لا یبقی وجوب الوفاء بالشـرط، مدفوعه مضافاً إلی عدم تمامیته

إذا کان فی ضـمن معامله، والتلف أو عدم الخروج کاشف عن بطلان المعامله، وکذا العکس أی شرط العامل علی المالک إنما کان لأجل المعامله، فإذا لم تکن معامله فلا شرط.

{أما فی صوره کون الضـمیمه للمالک فواضـح} إذ لا شـیء حصـله العامل حتی یعطی الضـمیمه، {وأما مع کونها للعامل} علی المالک {فلأن الفائده} التی یسـتفیدها کل منهما من الحصه {رکن فی المساقاه، فمع عدمها} لعدم الخروج أو التلف {لا یکون شیء فی مقابل العمل}.

{و} إن قلت: (الشیء) شرط المالک للعامل فی قبال عمل العامل للمالک.

قلت: {الضـمیمه المشـروطه} من المالک للعامل {لا تکفی فی العوضـیه} لأن الضـمیمه خارجه عن قوام المعاوضه، ولـذلک لا تبطل المعاوضه بترک الشـرط، ولا یکون من باب خیار تبعض الصـفقه {فتکون المعامله باطله من الأول} أی لا یکون شـیء فی مقابل العمل فتکون المعامله باطله. وقوله: (الضمیمه) جواب عن سؤال مقدر، کما ذکرناه.

{ومعه} أی مع بطلان المعامله {لا یبقی وجوب الوفاء بالشرط} کما تقدم توضیحه فی کلام المسالک.

{مدفوعه مضافاً إلی عدم تمامیته} أی تمامیه البطلان

بالنسبه إلى صوره التلف لحصول العوض بظهور الثمره وملكيتها وإن تلف بعد ذلك بأنا نمنع

{بالنسبه إلى صوره} خروج الثمر، ثم {التلف لحصول العوض} للعامل {بظهور الثمره} حيث قد تقدم أن الثمره من أول ما تخرج تكون لكليهما حسب المقرر من الحصه، فقد أعطى العامل والشرط والعمل فى قبال ما دخل فى ملكه من الثمره {و} ذلك لـ {ملكيتها} للعامل.

{وإن تلف بعد ذلك} فهو كما إذا اشترى داراً فى قبال ألف دينار وخياطه ثوب البائع، فإنها إذا تلفت لا يضر ذلك باستحقاق البائع للألف والخياطه، وكذلك حال المالك إذا شرط عليه العامل شيئاً، فإن المالك قد ملك الحصه بظهورها، فاللازم عليه أن يعطى شرط العامل، وإن تلفت الثمره بعد ذلك فقد عمل العامل حتى صارت الثمره، وفى قبال عمله له حق أخذ شرطه من المالك.

ومنه يعلم أن احتمال الجواهر أن يكون موضوع المعاوضه الظهور مع الإدراك، فإذا ظهر بدون الإدراك لم يحصل أحدهما على شىء، فليس عليه إعطاء الشرط للشارط، وذلك لعدم النفع بالثمره بدون الإدراك، غير وجيه، إذ المرتكز عرفاً فى باب المساقاه أن الحصه تملك بمجرد الظهور، وليس الإدراك مقوماً للمعاوضه.

نعم يصح كلامه إذا كانت المعامله على أن يملك العامل الحصه بعد الإدراك، لكنه خلاف بناء العرف فى مساقاتهم، كما أن المضاربه كذلك، حيث يملكان الربح بمجرد ظهوره وإن تلف بعد ذلك.

{بأنا نمنع} أن العقد لا يلزم الوفاء به إلاّ إذا ظهرت الحصه، فإن العقلاء يرون وجوب اللزوم بالعقد وشروطه بمجرد

كون المساقاه معاوضه بين حصه من الفائده والعمل، بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستنماء له وللمالك، ويكفيه احتمال الثمر وكونها فى معرض ذلك، ولذا

تحققه سواء أثمر أم لا، فاللازم على المالك بذل الأصول، وعلى العامل بذل العمل، كما أن على كل منهما بذل ما شرط عليه، أما أنه يثمر أم لا، فذلك أمر خارج، حاله حال النكاح والخلع والبيع والإجاره وغيرها فالعقد إذا وقع وجب على الزوجين الوفاء، وإن مات أحدهما لم يضر بالعقد والشرط واللوازم، كما أنه إذا تلف المال فى العقود الأخر أو ماتت الزوجه فى الخلع لم يضر ذلك بالعقد والشرط واللوازم، وكذلك إذا لم يربح فى المضاربه ولم يخرج الزرع فى المزارعه.

نعم قد ذكرنا عند قول المصنف (والأقوى عدم السقوط) ما يستثنى من ذلك.

أما قول المصنف: إنا نمنع {كون المساقاه معاوضه بين حصه من الفائده} من المالك {و} بين {العمل} من العامل {بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستنماء له وللمالك} فالنماء غايه للمعاوضه، وتخلف الغايه لا يقدح فى بقاء المعاوضه، كما حقق فى بحث تخلف الداعى فى المعاملات، إذ الداعى ليس مصباً ولا شرطاً ولا قيداً.

{ويكفيه} أى يكفى فى التسليط {احتمال الثمر وكونها فى معرض ذلك} أى المساقاه فى معرض الثمر {ولذا} الذى ليس معاوضه بين الحصه والعمل

لا يستحق العامل أجره عمله إذا لم يخرج، أو خرج وتلف بآفه سماويه أو أرضيه فى غير صوره ضم الضميمه، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول واحترام عمل المسلم

{لا يستحق العامل أجره عمله} مع أنه بذل العمل {إذا لم يخرج} الثمر {أو خرج وتلف بآفه سماويه أو أرضيه فى غير صوره ضم الضميمه} وحيث كان كذلك فى غير صوره ضم الضميمه _ أى شرط الذهب ونحوه فى ضمن المساقاه _ كان كذلك فى صوره ضم الضميمه أيضاً، لا بطلان للمعامله بعدم الخروج أو التلف، فاللازم إعطاء الشرط، أى الذهب ونحوه.

{بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول}، (بدعوى) يتعلق بـ (يستحق)، يعنى أن توهم استحقاق العامل أجره عمله إذا لم يخرج الثمر أو التلف، إنما هو بدعوى كشف عدم الثمر عن البطلان للمساقاه.

{واحترام عمل المسلم} عطف على (بطلانها) أى وجه توهم الأجره أن عمل المسلم محترم، فحيث لم يحصل العامل على الحصه وجب على المالك إعطاؤه أجره عمله.

فيرد عليه أولاً: إن ذلك خلاف المرتكز عرفاً من كونها معاوضه بين العمل والحصه، بالإضافه إلى أنه مقتضى تعريف الفقهاء للمساقاه بأنها معامله على أصول ثابته بحصه من ثمرها، وقد عرف المصنف المساقاه بذلك كما تقدم، وظاهر الروايات أيضاً ذلك.

ففى صحيحه يعقوب بن شعيب: «اسق هذا من الماء واعمره، ولك نصف

فهی نظیر المضاربه حیث إنها أیضاً تسلیط علی الدرهم أو الدینار للاسترباح له وللعامل

ما أخرج»((۱))، فإنه کما قاله المستمسک: کالصریح فی أن المقابله کانت بین السقی والأعمال وبین الحصه، وکذلک هو ظاهر روایات خیبر، وکذلک یؤیده أن الأمر کذلک فی المزارعه والمضاربه والجعاله.

وعلیه فلیس (التسلیط) الذی ذکره المصنف إلاّ لازم المفهوم المذکور، حیث لا یتمکن العامل من العمل فی البستان إلاّ بعد أن یسلطه المالک علیه.

وثانیاً: أن قوله: (ولذا لا یستحق) غیر ظاهر الوجه، فإن عدم استحقاق الأجره فی صوره عدم الخروج أو التلف إنما هو لأنه لا وجه للاستحقاق، فإن العامل دخل علی أن لا یکون له شیء إذا لم یخرج أو تلف، فمن أین یستحق علی المالک شیئاً فهو قرر فی عقده أن عمله فی قبال الحصه، فإذا لم تکن حصه ذهب عمله هدراً، کما فی المضاربه والمزارعه والجعاله، واحترام عمل المسلم إنما یکون إذا طلبه غیره أو استوفاه ولم یهدره المسلم بنفسه، أما إذا لم یطلبه غیره ولم یستوفه، أو طلبه الغیر أو استوفاه، لکن المسلم بنفسه أهدره، لم یکن لعمله احترام بأجره ونحوها.

ومما تقدم یظهر وجه النظر فی قول المصنف: {فهی نظیر المضاربه حیث إنها أیضاً تسلیط علی الدرهم أو الدینار} من المالک {للاسترباح له وللعامل}

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۰۲ الباب۹ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۲

وكونهـا جائزه دون المساقاه لا يكفى فى الفرق، كما أن ما ذكره فى الجواهر من الفرق بينهما بأن فى المساقاه يقصـد المعاوضـه بخلاف المضـاربه التى يراد منهـا الحصه من الربـح الـذى قـد يحصل وقـد لا يحصل، وأما المساقاه فيعتبر فيها الطمأنينه بحصول الثمره

فإن هناك أيضاً التسليط لازم المعامله، وإلّا فحقيقه المعامله عمل العامل فيها فى قبال حصه الربح.

{و} إن قلت: لا يمكن تنظير المساقاه بالمضاربه، إذ المضاربه لما كانت جائزه كانت عباره عن التسليط، وكأنه إذن.

قلت: كلتاهما عقد، وإن اختلفتا فى اللزوم والجواز.

فـ {كونهـا جـائزه دون المساقـاه، لا يكفى فى الفرق} فى الجهه التى نحن بصـددها، {كما أن ما ذكره فى الجواهر من الفرق بينهما} حتى لا تقاس المساقاه بالمضاربه فلا يأتى فى المساقاه ما ذكر فى المضاربه من أنه تسليط من المالك للعامل على حاله، {بـأن فى المساقـاه يقصـد المعـاوضه} بين العمل والحصه {بخلاف المضاربه التى يراد منها الحصه والربـح}، ففيها تسـليط فقط بداعى الربح، وتخلف الداعى لا يوجب شيئاً، بخلاف ذهاب أحد العوضين فى المساقاه حيث يوجب البطلان، {الذى قد يحصل وقـد لا يحصل، وأما المساقاه فـ} حيث {يعتبر فيها الطمأنينه بحصول الثمره} لا يكون عقدها إلّا معاوضه بين العمل والحصه، فإذا انتفى أحدهما _ أى الحصه _ لا تكون معاوضه.

ولاـ يكفى احتماله، مجرد دعوى لا بينه لها، ودعوى أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عـدم خروج الثمر لا يصـح المساقاه ولازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك

{ولا يكفى احتماله} كما يكفى الاحتمال فى المضاربه {مجرد دعوى لا بينه لها} خبر قوله: (كما أن ما ذكره الجواهر).

وإنمـا كـانت مجرد دعوى، لأـن المسـاق فى كلتـا المساقاه والمضاربه واحـد، إذ المالك يعطى الحصه من الربـح والثمر فى قبال عمل العامل، ولذا لم يذكروا الطمأنينه لا فى المساقاه ولا فى المضاربه.

ومنه يعلم أن مـا ذكره المسـتمسك محـل نظر، قال: (نعم لما كانت المساقاه تقتضـى أعمالاً كثيره شاقه فى مـده طويله لم يقـدم عليها العقلاء غالباً إلا مع الاطمينان، بخلاف المضاربه، فإن أعمالها خفيفه فى مده قليله غالباً، يكثر منهم الإقدام عليها مع ضـعف الاحتمال) انتهى.

إذ لا نسلم الفارق المذكور، فإن العقلاء لا يقدمون إلى المضاربه إلّا مع الاطمينان غالباً.

{ودعوى أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأـمر} عنـد إراده العقـد {عـدم خروج الثمر} بـل أو تلفه بالجراد ونحوه {لا يصـح المساقاه} إذ هى مبنيه على الموازين العقلائيه وهى ما كان مع الاحتمال، ولو المتساوى مثلاً.

{ولاـزمه بطلاـن ذلـك} العقـد {إذا لم يعلم ذلك} من أول الأمر {ثم انكشف بعـد ذلك} لأنه لا فرق بين العلم والجهل، فإن المطلوب الثمر، وإذا لم يكن

ثم انكشف بعد ذلک، مدفوعه بأن الوجه فی عدم الصحه کون المعامله سفهیه مع العلم بعدم الخروج من الأول، بخلاف المفروض

ثمر فلا مساقاه، سواء جهل أو علم.

والحاصل: إنه کما إذا علم بالبطلان من أول الأمر لأجل عدم الثمر لم تصح، فإذا عقدها والحال هذه لم یجب الوفاء بالشرط، کذلک إذا ظهر البطلان بعد ذلک لأجل عدم الثمر.

{مدفوعه} بأنا لا نسلم عدم الفرق بین ظهور عدم الثمر من الأول أو بعد ذلک {بـ} سبب {أن الوجه فی عدم الصحه} إذا علم من أول الأمر {کون المعامله سفهیه مع العلم بعدم الخروج} للثمر {من الأول} عند إراده العقد، والمعامله السفهیه باطله، إذ الشارع إنما أمضی العقلائیه منها.

{بخلاف المفروض} من ظهور عدم الثمر بعد المعامله، أما ما ذکره المستمسک من التقیید لکلام المصنف بقوله: (إنها وإن لم تصح بعنوان کونها مساقاه، وأما عدم الصحه بعنوان کونها عقداً من العقود فغیر ظاهر، لشمول الأدله العامه إذا کان قد نوی المعاوضه بین العمل وبین التمکین من الأصول إذا کان له غرض فی التمکین، ولا وجه للفساد من جهه کونها سفهیه إذ الثابت بطلان معامله السفیه وإن کانت عقلائیه، لا بطلان معامله الرشید وإن کانت غیر عقلائیه) انتهی.

فیرد علیه أولاً: إن المصنف أراد بطلان المساقاه، لا عقداً من العقود، فلیس

فالأقوى ما ذكرنا من الصحه ولزوم الوفاء بالشرط وهو تسليم الضميمه وإن لم يخرج شىء إن تلف بالآفه، نعم لو تبين عدم قابليه الأصول للثمر إما ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلک، کشف عن بطلان المعامله من الأول، ومعه يمكن استحقاق العامل للأجره إذا كان جاهلاً بالحال.

كلامه تقييداً لما قاله مع أن ظاهره التقييد.

وثانياً: إن الثابت بطلان كلتا المعاملتين، إذ الأدله العامه والخاصه منصرفه عن المعاملات السفهيه مما لا داعى عقلائى فيها، ولذا تراه بنفسه قال: إذا كان له غرض فى التمكين.

وكيف كان {فالأقوى ما ذكرنا من الصحه} مع الاستثناء الذى ذكرناه {ولزوم الوفاء بالشرط وهو التسليم مع الضميمه، وإن لم يخرج شىء، أو تلف بالآفه} وإن كان التلف معنوياً بأن تسمم، وإن كان ظاهره ظاهراً حسناً كما قد يتفق.

{نعم لو تبين عدم قابليه الأصول للثمر، إما ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلک} كأن لم تبلغ بعد ومده المساقاه لا تكفى لبلوغها وثمرها {کشف عن بطلان المعامله من الأول} لأن الشرط الضمنى الذى يرتكز عليه العقلاء قابليه الشجر للإثمار، وإذا لم يكن هذا الشرط الضمنى كانت المعامله سفهيه.

نعم يصح عقداً مستقلاً إذا كان له غرض عقلائى فى التسليط والتسلط {ومعه} إذا أجراه مساقاه {يمكن استحقاق العامل للأجره إذا كان جاهلاً بالحال}.

ص:٢٥٠

أما اشتراط جهله، لأنه إذا علم فقد أهدر بنفسه عمله.

وأما عـدم الفرق بين علم المالك وجهله، كما يستفاد من عدم اشتراط علمه، فلأنه لا فرق فى ضـمان الإنسان أجره غيره فيما إذا أمره بشـىء بين أن يعلم عدم الفائده فى عمل ذلك الغير، أو لا يعلم، لأن مقتضى احترام عمل المسلم أن من استوفاه أو أمره به، وإن لم يأت بثمر، أن المستوفى والآمر ضامن له، فإنه «لا يتوى حق امرئ مسلم».

ولذا إذا لم يكن أمر ولا استيفاء لم يضمن، وإن جهل العامل بالحال، لأصاله البراءه.

ص:٢٥١

مسأله ۲۰ جعل بعض الأصول للعامل

(مسأله ۲۰): لو جعل المالک للعامل مع الحصه من الفائده ملک حصه من الأصول مشاعاً أو مفروزاً، ففی صحته مطلقاً، أو عدمها کذلک، أو التفصیل بین أن یکون ذلک بنحو الشرط فیصح، أو علی وجه الجزئیه فلا، أقوال، والأقوی الأول للعمومات

(مسأله ۲۰): {لو جعل المالک للعامل مع الحصه من الفائده ملک حصه من الأصول مشاعاً} کربع الأصول {أو مفروزاً} مثل هذه الأشجار الخاصه، وإنما قال (مع الحصه) لأنه إذا لم یجعل الحصه وإنما جعل مجرد الأصول مشاعاً أو مفروزاً لم یکن مساقاةً، وتصح معامله مستقله، إذ لا وجه لبطلانه بعد کونه عقلائیاً ولا غرر ولا غیره مما یوجب بطلانه.

{ففی صحته مطلقاً} إذ لا مانع من الصحه، فإنه سواء جعل بعنوان الشرط أو الجزء کان صحیحاً، إذ لا ینافی الکتاب ولا مقتضی العقد.

{أو عدمها کذلک} کما هو المشهور بینهم، وحکاه الجواهر عن الأکثر، مما ظاهره وجود القول بالصحه، وإن قال الریاض: إنه لم یقف علی مخالف، وتردد فی المسأله الشرائع وأشکل فیها القواعد.

{أو التفصیل بین أن یکون ذلک بنحو الشرط فیصح، أو علی وجه الجزئیه فلا} کما جعله الجواهر التحقیق فی المسأله.

{أقوال} وقد اختار الأخیر السید البروجردی، وأشکل فی الأول ابن العم إلّا أن یکون بنحو الاستثناء، وقال بعضهم بالصحه إذا کان بنحو معامله أخری.

{والأقوی الأول للعمومات} لأنه إذا جعل شرطاً شمله دلیلا المساقاه والشرط، وإن جعل جزءاً شمله دلیل المساقاه، فإنه عقلائی ولم یردع الشارع عنه، ولو

ودعوى أن ذلك على خلاف وضع المساقاه كما ترى، كدعوى أن مقتضاها أن يكون العمل فى ملك المالك إذ هو أول الدعوى،

لم يسلم العموم شمله المناط، فقول المستمسك: (لكن العمومات لا تثبت المساقاه) محل نظر، إذ ليس مراده بالعمومات، مثل:)أَوْفُوا(([(١)](#))، و)تِجارَةً عَنْ تَراضٍ(([(٢)](#))، بل ما ورد من الروايات فى المساقاه، بالإضافه إلى أنه لما كان مساقاةً عرفاً شمله (أوفوا) أو (تجاره) فالموضوع يؤخذ من العرف والحكم من العموم.

{ودعوى أن ذلك على خلاف وضع المساقاه كما ترى} إذ يتعارف فى المساقاه ذلك كما لا يخفى على من راجع العرف.

ومنه يعلم ضعف قول المستمسك (فيه نظر ظاهر)، فإن مورد نصوص المساقاه يختص بغير هذه الصوره {كدعوى أن مقتضاها أن يكون العمل} من العامل {فى ملك المالك} وعمل الساقى هنا فى ملكين جزء لمالكه وجزء لنفسه، حيث إن تلك الأشجار التى جعلها لنفسه بالشرط أو الجزء قد صارت ملكاً لنفسه {إذ هو أول الدعوى} فأى مانع من أن تكون الحصه والشجرات المجعوله له فى قبال عمله فى حصه المالك أو فى حصتهما، والإشكال فيه بأن النصوص والفتاوى فيما كانت الأصول كلها ملكاً للمالك، لا أن يكون بعضها للعامل مردود بما ذكره المستمسك، من أن المراد من وجوب أن تكون الأصول فى ملك المالك وجوب ذلك بالإضافه إلى ما قبل العقد لا بعده، ولذا لا تبطل المساقاه بخروج الأصول

١- سوره المائده: الآيه ١

٢- سوره المائده: الآيه ٢٩

والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه، فيه: إنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائده كما فى المقام، حيث إن تلك الأصول وإن لم تكن للمالك الشارط إلاّ أن عمل العامل فيها ينفعه فى حصول حصه من نمائها،

عن ملك المالك ببيع ونحوه، بل لا تبطل لو باعها على العامل دون غيره من الناس.

{والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه} كما فى المسالك حيث وجه به المنع الذى جعله الأوجه، كما أن الدعوى السابقه أيضاً ذكرها المسالك أيضاً.

توضيح ذلك: إنه لما انتقلت بعض الأصول إلى الساقى كانت الحصه من المالك فى مقابل أمرين، عمل العامل فى ملك المالك وعمله فى ملك نفسه، فقد صارت المعامله بالنسبه إلى أصول الساقى بدلاً ومبدلاً فى ملك شخص واحد، مع أن المعامله يجب أن تكون بين مالين لطرفين.

{فيه: إنه لا مانع منه إذا كان} عقلائياً بأن كان {للشارط فيه غرض أو فائده} كما لو استأجره لأن يبنى دار نفسه، حيث إنه ولد المستأجر، فإن الفائده ترجع إلى الأجير، لكن للمستأجر فيه غرض حيث إنه يريد بناء دار ولده، حتى إذا لم يفعله الولد كان يستأجر غيره، إلى غير ذلك من الأمثله.

{كما فى المقام حيث إن تلك الأصول وإن لم تكن للمالك الشارط} لأنها قد انتقلت بحكم الشرط إلى الساقى {إلا أن عمل العامل فيما ينفعه} أى المالك {فى حصول حصه من نمائها} لأن المفروض أن نماء الكل، مما للمالك الشارط

ودعوى أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط، فاللازم تبعيه نمائها لها، مدفوعه بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط فى عرض تملك حصه من نماء الجميع، نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه

ومما للعامل بحكم الشرط، لكلا الطرفين، فللمالك بعض نماء ما للعامل، وللعامل بعض نماء ما للمالك.

{ودعوى} أنه لا نفع للمالك فى أشجار العامل لـ {أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط} لأن الساقى شرط على المالك أن تكون بعض الأصول له {فاللازم تبعيه نمائها لها} لتلك الأصول، فيكون النماء للعامل لا للمالك، لأن النماء تابع للأصل، كما هو بناؤهم على ما سبق مكرراً.

{مدفوعه بمنعها} فإن النماء تابع للأصل إذا لم يشترط أن يكون بعض النماء لغير من له الأصل، فليس كل النماء لتلك الأشجار للعامل {بعد أن كان المشروط له الأصل فقط فى عوض تملك} المالك {حصه من نماء الجميع} فله شيئان نصف جميع الثمار مثلاً، وعشر شجرات فى قبال أن يسقى الأشجار كلها ليربح المالك.

{نعم لو اشترط} العامل على المالك {كونها} تلك الاشجار العشره مثلاً {له على وجه يكون نماؤها له بتمامه} بحيث يكون كل نمائها له أيضاً {كان كذلك} أى كما ذكره المدعى بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه.

هذا، ويرد عليه أنه لما ذا لا يعقل، وقد تقدم صحه مثل هذا الشرط وهو عقلائى

كان كـذلك لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزله المسـتثنى من العمل، فيكون العمل فيما عـداها مما هو للمالك بإزاء الحصـه من نمائه مع نفس تلك الأصول.

لا ينافيه الكتاب ولا مقتضـى العقد، وتكون النتيجه أن المالك أعطاه عشـر أشجار بنمائها على أن يعمل فى أشجار نفسه وأشجار المالك ويأخذ نصف حصه نماء أشجار المالك، وأى محذور فى هذا عقلا أو شرعاً، فلا حاجه إلى قول المصنف:

{لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزله المستثنى من العمل، فيكون العمل} الـذى طلبه المالك من الساقى {فيما عـداها مما هو للمالك بإزاء الحصه من نمائه مع نفس تلك الأصول}.

ومن ذلـك ظهر وجه النظر فى كلاـم المسـتمسك الـذى جعله مقتضـى التحقيق بأنه إن كانت المعامله مساقاةً صـح ذلك شـرطاً وبطل قواماً فى المعاوضه، لقصور أدله المساقاه عن شموله، كما ذكره الجواهر، وإن كانت المعامله عقداً مطلقاً لا بعنوان المساقاه صح مطلقاً عملًا بالعمومات.

إذ قـد تقـدم أن لاـ وجه لعـدم شـمول دليـل المساقـاه لما أفتى ببطلانه، لأنه مساقاه عقلائيه، فتشـمله عمومات الوفاء بالعقـد، كما يشـمله المناط فى أدله المساقاه، والقول بأنه إذا شـمله العمومات كان عقـداً جديـداً لا مساقاةً، غير تام، إذ العمومات كما تشـمل العقود الجديـده تشـمل العقود المعنونه إذا تحقق عنوانهـا لـدى العرف، فـإذا كـان شـيء إجاره عنـد العرف شـمله)أَوْفُوا((١)) و)تِجارَةً عَنْ تَراضٍ((٢))، بتقريره إياه إجاره لها أحكام الإجاره لا عقداً جديداً ليس له أحكام الإجاره، وهكذا.

١- سوره المائده: الآيه ١

٢- سوره النساء: الآيه ٢٩

مسأله ۲۱ إذا تبين فی الأثناء عدم خروج الثمر

(مسأله ۲۱): إذا تبين فی أثناء المده عدم خروج الثمر أصلاً، هل يجب على العامل إتمام السقی، قولان أقواهما العدم.

(مسأله ۲۱): {إذا تبين فی أثناء المده عدم خروج الثمر أصلاً} أو عدم فائده فی ما خرج لأن الجراد يأكله، أو السيل يذهب به، أو البرد يفسده مثلاً، {هل يجب على العامل إتمام السقی} أو لا، {قولان}، فعن ظاهر المسالک الوجوب، وعن جامع المقاصد العدم، {أقواهما العدم} لأن المساقاه كانت لفائده الثمره، فإذا لم تكن لم يكن وجه له، وقد ذهب المشهور إلى هذا القول حتى أن كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن.

وفی المستمسک مال إلى التفصيل قائلاً: (واللازم ابتناء الوجوب وعدمه على انفساخ المساقاه وعدمها، فإذا قلنا بالانفساخ كما هو المشهور فاللازم البناء على عدم وجوب إتمام العمل للأصل، وإن قلنا بعدم الانفساخ كما يراه المصنف، فاللازم البناء على وجوب العمل عملاً بالعقد، اللهم إلاّ أن يدعى العمل اللازم فی المساقاه ما يكون موجباً للنماء لا مطلقاً، كما هو غير بعيد عند العرف) انتهى.

أقول: إذا كان عمل العامل فی قبال الحصه ولا حصه فرضاً، فلماذا يعمل بعد تبين عدم الحصه هل لمقتضى العقد، والمفروض أن العقد مصباً أو شرطاً أو قيداً ولو ضمنياً بقصد ما إذا أثمر، والعقود تتبع القصود، أو أن العمل حتى لا ييبس أصول الأشجار وما أشبه من الأعمال التی تحتاج إليها الأصول لأجل بقائها للمستقبل، فذلک وإن كان أمراً عقلائياً، لكن لا يشمله المساقاه المبينه على الحصه.

نعم إذا كـان عقـد مطلق لأجـل الإثمـار والبقـاء وكـان للعامل الحصه من باب الأجره بحيث يشـمل إطلاقه الأجره فى حال عـدم وجود الحصه، كـان اللازم القول ببقـاء اللزوم، ويعطيه المالـك الأجره أو أقل الأمرين من مثل الحصه والأجره بالنسـبه إلى بقيه الوقت وقدر النسبه من قيمه أو مثل الحصه بالنسبه إلى ماضى الوقت.

وعليه فما ذكره المصنف فى المساقاه على وفق القاعده، وإن كانت المسأله بحاجه إلى تتبع أكثر، والله العالم.

ص:٢٥٨

مسأله ۲۲ استئجار المالک أجیرا للعمل

(مسأله ۲۲): یجوز أن یستأجر المالک أجیراً للعمل مع تعیینه نوعاً ومقداراً بحصه من الثمره أو بتمامها بعد الظهور وبدو الصلاح، بل وکذا قبل البدو،

(مسأله ۲۲): {یجوز أن یستأجر المالک} للأصول {أجیراً للعمل} فی بستانه بدون عقد المساقاه {مع تعیینه} العمل {نوعاً} أی کیفاً {ومقداراً} أی کماً بحیث یرفع الغرر، إذ لا دلیل علی أکثر من ذلک {بحصه من الثمره أو بتمامها} ومقصوده بقاء الأشجار ونمائها وما أشبه ذلک، فلا یقال: أیه فائده له فی هذه الإجاره.

ومنه یعلم صحه الإجاره ولو لم تکن ثمره وإنما بالأجره الخارجیه {بعد الظهور وبدو الصلاح} ولذا قال الشرائع: (إذا استأجر أجیراً للعمل بحصه منها فإن کان بعد بدو صلاحها جاز)، وفی الجواهر: (بلا خلاف ولا إشکال لعموم الأدله وإطلاقها السالمین عن معارضه ما یقتضی المنع، ومراده بذلک ما یتوهم من أن العمل غیر معلوم والأجره غیر معلومه مع اشتراط المعلومیه فیهما فی الإجاره.

والجواب: إن التخمین والخرص یکفی فی المعلومیه عرفاً بما یرفع الغرر، ولا دلیل علی الاحتیاج إلی أکثر من ذلک.

{بل وکذا قبل البدو} للصلاح بعد الظهور، وذلک لإطلاق ما دل علی صحه الإجاره، واشتراط الشرائع للصحه بقوله: (وإن کان بشرط القطع صح) غیر ظاهر الوجه، إذ لا دلیل علی هذا الشرط فی الصحه، ولعله لوجود هذا الشرط فی البیع بفهم المناط فی الإجاره أیضاً، لکن أصل اشتراط ذلک فی البیع محل نظر، فکیف بالقطع بالمناط، ولذا قال المستمسک: (والتحقیق عدمه فی البیع).

بـل قبل الظهور أيضاً إذا كان مع الضـميمه الموجوده أو عامين، وأما قبل الظهور عاماً واحـداً بل ضـميمه فالظاهر عـدم جوازه، لا لعدم معقوليه تمليك ما ليس بموجود

{بـل قبـل الظهور أيضـاً، إذا كان مع الضـميمه الموجوده أو عامين} لإطلاق دليل صـحه الإجاره، بل لعله يسـتفاد من المناط فی البيع أيضـاً، فـإنه يجوز البيع كـذلك، فالإجاره أولى ولو أولويه عرفيه، أو يقال: حتى إذا لم تفهم الأولويه جاز لوحـده الملاک، وكيف كان فالإطلاق كاف فی المقام.

{وأما قبل الظهور عاماً واحـداً بلا ضـميمه فالظاهر عدم جوازه}، واسـتدل لذلک بالإجماع الذی ذكره التذكره والمسالک، وبأن عوض الإجـاره يشترط فيه الوجود والمعلوميه كعوض البيع، وهمـا منتفيـان فی المقام، وبالغرر، لأنه لا يعلم هل يثمر أم لا، وعلى فرضه كم يثمر.

والكـل محل مناقشه، إذ الإجماع محتمل الاسـتناد، واشتراط الوجود غير ظاهر الوجه بعـد الإطلاق والمعقوليه والعرفيه الـذين هم الأصل فی المعاملات، والمعلوميه العرفيه موجوده بالتخمين، ولـذا صـح أن يسـتأجر عامين أو أكثر، ولـذا فلا غرر، وقـد تقدم أن دليل لزوم المعلوميه ما دل على النهی عن الغرر، فالجواز لو لا ملاحظه الإجماع أقرب.

{لا لعدم معقوليه تمليک ما ليس بموجود} كما علله بذلک محتمل الجواهر، قائلًا: (لم يجز قولاً واحداً لكونها معدومه).

وقـد قرر ذلـک بعض المعلقين، حيث قال: (الظاهر أنه وجه وجيه)، لكن فی المسـتمسک: (الظاهر أن مراد الجواهر اشتراط كون عوض الإجاره موجوداً

لأنا نمنع عدم المعقوليه بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبلی

لما دل علی إلحاقها بالبیع، لا لعدم المعقولیه).

وعلی أی حال، فکلا الوجهین محل نظر {لأنا نمنع عدم المعقولیه بعد اعتبار العقلاء وجوده} أی وجوده الاعتباری، إذ لا وجود خارجی له قطعاً، ووجوده بغیر صوره الثمره، لأن الثمار إنما هی عباره عن التحول عن الماء والتراب ونحوهما، مثل کل حی یکون ثم یفسد، فإنها من التراب ونحوه إلی التراب، ولذا قال سبحانه:)منها خلقناکم وفیها نعیدکم(لا ینفع فی صدق الموجود.

أولاً: لأن الثمره بصورتها معدومه، إذ لا وجود للصوره وإن کانت الماده موجوده، فإن المرکب ینتفی بانتفاء جزئه.

وثانیاً: الاعتبار یجب أن یکون عقلائیاً، لأنهم الأصل فی المعاملات وقد قررهم الشارع بإضافه بیان شرط أو مانع، ولا اعتبار عقلائی لوجودها بوجود موادها داخل التربه وفی الضوء ونحو ذلک.

وعلی أی حال، فالمراد وجوده الاعتباری {لوجوده المستقبلی} ولو علله بالاعتبار العقلائی لم یحتج إلی ما ذکر من دفع الإیراد، فإن العقلاء یرون المستقبل طرفاً فی جمله من العقود والإیقاعات کالوصیه والوقف والنذر والإجاره وغیرها، ولذا لا یشترط أن یکون له مال موجود حال الوصیه بالثلث، ولا وجود البطون حال الوقف علیهم، ولا ما یبذله فی نذره حال النذر، ولا المنفعه حال الإجاره، إلی غیر ذلک.

ولـذا يصـح مع الضـميمه أو عـامين، حيث إنهم اتفقوا عليه فى بيع الثمـار، وصـرح به جمـاعه ههنا، بل لظهور اتفاقهم على عـدم الجواز كما هو كذلك فى بيع الثمار، ووجه المنع هناك خصوص الأخبار الداله عليه، وظاهرها أن وجه المنع الغرر

{ولذا} الذى ذكرناه، لا لما ذكروه {يصح مع الضـميمه أو عامين، حيث إنهم اتفقوا عليه فى بيع الثمار، وصـرح به جماعه ههنا} كمـا عرفت، فـإذا لم يكن للوجود الحـالى أثر جـازت الإجـاره، وإن كـان اللازم الوجود الحالى فلماذا لا يعتبر فى ما إذا كان مع الضميمه أو فى عامين.

{بـل لظهور اتفـاقهم على عـدم الجواز} كمـا عرفت، وإن قـد عرفت أنه محتمـل الاسـتناد بالإلحـاق بـالبيع، وحيث لا ـ دليل على الإلحـاق إلاّ المناط يكون القطع بالمسأله محل نظر، خصوصاً وإلحاقه فى المقام بالمساقاه أقرب إلى الـذهن العرفى، لأن الإجاره تفيد فائده المساقاه.

{كما هو كذلك فى بيع الثمار} حيث يمنع إلا عامين وأكثر، أو مع الضميمه بالإجماع.

{ووجه المنع هنـاك خصوص الأخبـار الـداله عليه، وظاهرهـا أن وجه المنع الغرر}، ففى موثق سـماعه المروى فى الكـافى، قال: سـألته عن بيع الثمره هـل يصـلح شـراؤها قبل أن يخرج طلعها، فقال: «لا، إلاّ أن يشترى معها شـيئاً من غيرها رطبه أو بقلاً، فيقول: أشترى منك هذه الرطبه وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشترى فى الرطبه والبقل».

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى كلام السيد الجمال، حيث قال: (الظاهر

لا ـ عـدم معقوليه تعلق الملكيه بالمعـدوم، ولو لا ـ ظهور الإجمـاع فى المقـام لقلنـا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعـد ذلك، كما يجوز بيع ما فى الذمه مع عدم كون العين موجودةً فعلاً عند ذيها، بل وإن لم يكن فى الخارج موجوداً أصلاً،

عـدم خروج المعـامله عن كونها غرريه بشـىء من الأمرين، ولا سبيل إلى مقايسه المقام ببيع الثمار)، إذ فيه: إنه لا غرر عرفى فيه، وليس بيع الثمار كذلك غررياً حتى يقال بانه استثناء بالنص.

{لا ـ عـدم معقوليه تعلق الملكيه بالمعـدوم، ولو لا ـ ظهور الإجمـاع فى المقـام} بـالمنع {لقلنـا بالجواز مع الاطمينان بالخروج بعد ذلك} بل الغرر بعـد الخروج وبـدو الصـلاح أيضاً موجود إن وسـعت دائرته، حيث كثيراً ما يتلف الثمر بسـبب برد أو مطر أو ما أشبه ذلك، فليس الجواز إلاّ لأجل عدم اعتناء العرف بمثل هذه الاحتمالات، فكذلك الحال قبل الخروج.

{كما يجوز بيع ما فى الذمه مع عدم كون العين موجوده فعلا عند ذيها} أى ذى الذمه، وليس ذلك إلاّ لأجل عدم اعتبار العرف والشرع الوجود الخارجى عند البيع.

{بل وإن لم يكن فى الخارج موجوداً أصـلاً} وذلك لأن العقلاء إنما يريـدون النتائج ولا همّ لهم فى ما سوى ذلك، والنتيجه لا فرق فيهـا بين الوجود عنـد الطرف، أو فى الخـارج فى حال البيع والإجاره وغيرهما، وبين عـدمها، ولـذا لولا النص فى البيع لكان إطلاق أدلته بعد الاعتبار العقلائى كافياً فى الصحه.

والحاصل: إن الوجود الاعتبارى يكفى فى صحه تعلق الملكيه، فكأن العين موجوده فى عهده الشجر كما أنها موجوده فى عهده الشخص.

{والحاصل: إن الوجود الاعتبارى} الذى يعتبره العقلاء {يكفى فى صحه تعلق الملكيه}، فلا يقال: الملكيه إضافه وهى تحتاج إلى طرفين، وحيث لا ـ طرف فلا ـ إضافه، إذ الإضافه خفيف المؤنه تتعلق بالموجود حالاً والموجود مستقبلاً، وعليه يصح جعل الثمره أجره وإن لم تظهر بعد، إذا كان لها وجود فى المستقبل، فالعبره عند العقلاء بحال الإضافه لا حال الإنشاء، ولذا تصح الوصيه بالشىء إذا كان له وجود فى المستقبل بعد موته، وإن لم يكن له وجود فى الحال، ولا تصح إذا لم يكن له وجود فى المستقبل، وإن كان له وجود فى الحال، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما قوله: {فكأن العين موجوده فى عهده الشجره، كما أنها موجوده فى عهده الشخص} فهو بعيد عن المعاملات العرفيه، فى فهمهم فى هذا الباب، إلاّ أن يريد أنها موجوده فيها بالقوه.

ص:۲۶۴

مسأله ۲۳ إذا بطل عقد المساقاه لمن یکون الثمر

(مسأله ۲۳): کل موضع بطل فیه عقد المساقاه یکون الثمر للمالک، وللعامل أجره المثل لعمله

(مسأله ۲۳): {کل موضع بطل فیه عقد المساقاه یکون الثمر للمالک} علی المشهور بینهم، بل لم یظهر من أحدهم خلاف، وعن التذکره الإجماع علیه، واستدلوا لذلک کما فی المسالک وغیره بأن النماء یتبع الأصل فالثمره تکون ملکاً لمالک الأصل بعد أن لم یکن موجب للخروج عنه، لکن یرد علیه ما ذکرناه فی المزارعه من أنه لا دلیل شرعی ولا عقلی لذلک بعد أن الثمر ناتج لأمرین: الأصل والعمل، فلماذا یختص به أحدهما.

وعلیه فاللازم أن یقسم بینهما حسب الحق المقرر لهما عرفاً، بدلیل «لا یتوی»((۱))، و«أن حقوق المسلمین لا تبطل»((۲)) وغیرهما، فحال المقام حال ما إذا اشترک العمل والعامل ورأس المال والمدیر فی إنتاج شیء، حیث إن لکل منهم بقدر حقه.

ومنه یعلم وجه النظر فی قولهم: {وللعامل أجره المثل لعمله} کما ذکره غیر واحد، بل هو المشهور بینهم شهره عظیمه، بل عن الریاض لا خلاف ولا إشکال فیه، وإن تأمل فی کلامه غیر واحد لخلاف بعضهم فیه.

وکیف کان، فقد استدل له کما فی المسالک وغیره، بأن العامل لم یتبرع بعمله ولم یحصل له العوض المشروط فیرجع إلی الأجره.

أقول: لا یخفی أن ما ذکره بعض الدلیل، إذ لا یتم المذکور بنفسه دلیلاً

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

۲- الوسائل: ج۱۴ ص ۲۱۰ الباب۶ من أبواب عقد النکاح ح۹

إلا إذا كان عالماً بالبطلان ومع ذلك أقدم على العمل،

لإمكان أن لا يتبرع ولم يحصل له العوض، ومع ذلک لا يستحق، كما إذا عامل مع طفل أو سفيه مثلًا، فإنه _ على ما ذكروا من تبعيه النماء للأصل _ لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض، ومع ذلک لا أجره له، إذ لا دليل على الأجره، وحيث لم يكن دليل على الكليه المذكوره لم تكف فى الاستدلال بها على الأجره، وقد ضم المستمسک إلى ذلک بقوله: (إن الدليل المذكور لا يكفى وحده إلاّ بضميمه كون الضمان بالاستيفاء، فحيث إن المالک استوفى ضمن).

وفيه: إنه لاـ يكفى أيضاً، إذ يرد النقص المذكور هنا أيضاً، فإذا طلب الطفل من الحمال حمل متاعه إلى مكان كذا، فحمل فقد استوفى عمله، ومع ذلک لا دليل على ضمانه إلاّ ما قد يقال من قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

وفيه: إن القاعده مصيده فلاـ تكفى إلاّ فى المورد الذى دليل عليها، وليس المقام منه، وأوضح منه ما إذا زعم أن زيداً قال له: احمل متاعى إلى مكان كذا فحمل، ثم تبين بطلان زعمه وأنه قال لإنسان آخر، فإنه وإن حصل داعى المالک لأنه أراد نقل متاعه، إلاّ أنه لا أجره له على المالک، إذ لا وجه لها والأصل عدمها، إلى غير ذلک من الأمثله.

ثم إنه على ما استظهرناه من كون الثمر نتيجه الأمرين، ولذا فهو لهما، لم يأت موضوع الأجره وإنما يكون لهما حتى فيما إذا ساقاه طفل أو سفيه حيث لم يهم حال الساقى إلاّ فى وجود الحصه بخصوصها وعدمه.

{إلا إذا كان عالماً بالبطلان، ومع ذلک أقدم على العمل} كما ذكره

ص:۲۶۶

أو كـان الفسـاد لأجل اشتراط كون جميع الفائـده للمالك، حيث إنه بمنزله المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يسـتحق أجره المثل على الأقوى

الشـهيد الثانى فى المسالك، وتبعه غير واحد {أو كان النماء لأجل اشتراط كون جميع الفائده للمالك} كما ذكره الشهيد الأول فى محكى حواشيه على إجاره القواعد وتبعه غيره، وقد جمع جماعه منهم المصنف بين القيدين.

واسـتدل له بقوله: {حيث إنه بمنزله المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يسـتحق أجره المثل على الأقوى} إذ المتبرع كما تقـدم فى المزارعه وغيرها قـد أهـدر حرمه عمله، سواء كان هناك ثمر كما فى المزارعه والمساقاه، أو فائده خارجيه للمالك، كما فى بناء داره وخياطه ثوبه، أو حصل له داع كما فى الحمال الـذى يحمل متاعه إلى مقصده، إلى غير ذلك من الموارد، وحيث أهدر فلا حق له يشـمله «لا يتوى»[(١)] ونحوه، فهو كمن ألقى متـاعه فى الشـارع معرضاً عنه، حيث ذهب ملكه عنه، كما يـدل عليه ما دل فى مسأله انكسار السـفينه وضـياع الشاه، فإن كان الإعراض القهرى يوجب ذلك، كان الإعراض القصدى موجباً له بطريق أولى، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بعض مباحث الكتاب.

ثم إنه كان ينبغى استثناء ما إذا كان المساقى طفلاً أو سفيهاً أو نحو ذلك أيضاً لما تقدم من الدليل.

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

وإن كان عمله بعنوان المساقاه.

أما ما احتمل من أنه ينبغى استثناء ما إذا لم يثمر، ففيه: إنه من باب السالبه بانتفاء الموضوع، حيث إن كلام المصنف فيما أثمر لما قال: (يكون الثمر للمالك) وحيث تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى المسأله من المزارعه لا داعى إلى تكرار الكلام.

{وإن كان عمله بعنوان المساقاه} إذ القصد له مدخليه، فإن الإنسان إذا استؤجر للإتيان بقضاء صلوات الميت ثم أتى بها بعنوان المتبرع عنه بطلت الإجاره، لانتفاء متعلقها، إذا لم تكن الإجاره على كل تقدير، وسقطت الإجاره، بخلاف ما إذا أتى بها بعنوان الإجاره.

وكذلك فى المساقاه والمضاربه والمزارعه، فإن عمل بعنوان التبرع لا ـ حصه له، سواء كانت صحيحه أو باطله، وإلّا كانت له الحصه فى صوره الصحه والأجره، ونحوها فى صوره البطلان.

ص:۲۶۸

مسأله ۲۴ اشتراط عقد مساقاه فی عقد مساقاه

(مسأله ۲۴): یجوز اشتراط مساقاه فی عقد مساقاه، کأن یقول: ساقیتک علی هذا البستان بالنصف علی أن أساقیک علی هذا الآخر بالثلث، والقول بعدم الصحه لأنه کالبیعین فی بیع المنهی عنه

(مسأله ۲۴): {یجوز اشتراط مساقاه} بإجراء عقدها، أو الإتیان بعملها بدون عقد، علی نحو شرط النتیجه {فی عقد مساقاه، کأن یقول: ساقیتک علی هذا البستان بالنصف علی أن أساقیک علی هذا الآخر} سواء ذکر الحصه مثلاً {بالثلث} ونحوه أو لا، وهذا هو المشهور منهم، لإطلاق دلیل الشرط، وقد تقدم فی المزارعه صحه شرط النتیجه کشرط الفعل.

فإذا کان شرط فعل فلم یفعل أجبر علیه، وإن لم یمکن الإجبار فالظاهر أن الحاکم الشرعی یقوم مقامه فی إجراء العقد، علی نحو ما ذکروا من أنه إذا لم یطلق زوجته بعد أن رفض العشره بالمعروف طلقها الحاکم لأنه ولی الممتنع.

وإذا لم یتمکن الحاکم من ذلک تخیر بین الفسخ وعدمه، وهل له أن لا یفسخ ویأخذ التفاوت إذا کان الشرط فی العرف یقابل بشیء، کما إذا کان حق العامل فی المساقاه الأولی یقابل بمائه، فجعل له من الحصه ما یقابل بثمانین وکان الشرط یساوی عشرین، أم لیس له ذلک، لا یبعد الأول.

وقد تقدم تفصیل الکلام فی ذلک فی بعض المسائل السابقه، وإن کان المنسوب إلی المشهور عدم القول به.

ومما ذکر یعرف الکلام فی شرط النتیجه {والقول بعدم الصحه} کما عن الشیخ فی المبسوط، وقیل إنه لم یعرف لغیره {لأنه کالبیعین فی بیع، المنهی عنه} فقد روی الصدوق، عن شعیب بن واقد، عن الحسین بن زید، عن الصادق

ضعيف لمنع كونه من هـذا القبيل، فإن المنهى عنه البيع حالاً بكذا ومؤجلًا بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى تقدير آخر بكذا،

(عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام) فى مناهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «ونهى عن بيعين فى بيع»((۱)).

وفى روايه الشيخ فى التهذيب: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن سلف وبيع وعن بيعين فى بيع»((۲)).

{ضعيف} وإن كان ربما يستدل له بالمناط، إذ لا ـ خصوصيه للبيع، فالنهى جار فى المزارعه والمساقاه والمضاربه والإجاره وغيرها، لكن المناط غير مقطوع به، {لمنع كونه من هذا القبيل، فإن المنهى عنه البيع حالاً ـ بكذا ومؤجلاً ـ بكذا} أو بأجلين بثمنين، أو فى مكانين بثمنين، أو لبضاعتين بثمنين، أو لبضاعه واحده بثمنين مثلًا إلى غد بدرهم وإلى بعده بدرهمين، أو يسلم إليك هنا بدرهم وهناك بدرهمين، أو أما هذا بدرهم أو ذاك بدرهمين، أو هذا بدرهم أو نصف دينار.

{أو البيع على تقدير كذا} كمجىء الحجاج {بكذا، وعلى تقدير آخر} كعدم مجيئهم {بكذا} إلى غير ذلك من المحتملات.

وعلى أى حال، لا يرتبط بشرط بيع فى بيع، حتى إذا قلنا بالمناط حتى يتعدى منه من البيع بشرط، إلى المساقاه بشرط.

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب۱۲ من أبواب البيع وشروطه ح۱۲

۲- الوسائل: ج۱۲ ص۲۴۶ الباب۱۳ من أبواب عقد البيع وشروطه ح۱۲

والمقام نظير أن يقول: بعتك دارى بكذا على أن أبيعك بستانى بكذا، ولا مانع منه لأنه شرط مشروع فى ضمن العقد.

{و} على أى حال فـ {المقام} فى المساقاه بشرط مساقاه ليس مثل البيعين فى بيع، بل {نظير أن يقول: بعتك دارى بكذا على أن أبيعك بستانى بكذا، ولا مانع منه} لإطلاق أدله البيع والشرط {لأنه شرط مشروع فى ضمن العقد} لا ينافى الكتاب والسنه، ولا مقتضى العقد.

ولو قال: ساقيتك هذا البستان بنصف حاصله وذاك بربع حاصله، صح سواء كانا عقدين فى عقد، مثل نكاحين فى نكاح، حيث لا يعقل أن يكون نكاح واحد لهما، أو عقداً واحداً ذا أجزاء، حيث إذا تخلف أحدهما كان من خيار تبعض الصفقه، كما تقدم مثله.

وكذا يصح أن يكون الشرط على المساقى من العامل، كأن يقول: ساقيتك هذا البستان بنصف حاصله، فقال: قبلت على أن تسقى بستانى بربع حاصله مثلًا، وتتوفر الأغراض العقلائيه فى مثل ذلك، مثل أن يكون كل واحد منهما قريباً من بستان الآخر فبستان زيد فى كربلاء وهو فى النجف، وبستان عمرو فى النجف وهو فى كربلاء، أو غير ذلك مثل أن يكون لأحدهما بستان الرمان، لكنه عارف بسقى الموز وإصلاحه، والآخر بالعكس.

ص:٢٧١

مسأله ۲۵ جواز تعدد العامل أو المالك

(مسأله ۲۵): يجوز تعدد العامل كأن يساقى مع اثنين بالنصف له والنصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما وتعيين حصه كل منهما

(مسأله ۲۵): {يجوز تعدد العامل كأن يساقى مع اثنين} مساقاه واحده {بالنصف له والنصف لهما} وقد ذكر تعدد العامل الشيخ والعلامه والمحقق الثانى وغيرهم، بل لم نظفر بمخالف لمن عنون هذا الفرع.

{مع تعيين عمل كل منهما بينهم} بأن قال المالك: عليك السقى فى الشتاء وعلى شريكك السقى فى الصيف.

{أو فيما بينهما} بأن وزع العاملان العمل بينهما.

والفرق أن فى الأول يلزم، لأنه مورد العقد، وفى الثانى لا يلزم، حيث إنه لا عقد بينهما يلزم كلا منهما بما عين له شريكه.

ولو لم يعين المالك عملهما فى ضمن العقد وتشاحا، كان اللازم تنصيف كل عمل بينهما، ولو جعل المالك النصف لهما وعين عمل كل منهما فمع التساوى يكون لكل منهما من الحصه بقدر الآخر، ومع الاختلاف كان لكل منهما بالنسبه، فلأحدهما مثلاً ثلث النصف، لأنه يعمل نصف شريكه، وللآخر ثلثاه وهكذا، فإنه مقتضى الارتكاز فى العقد، ويصح أن يجعل الأقل للأكثر عملاً وبالعكس لملاحظه خارجيه دينيه ككونه إرفاقاً لكثره عياله، أو دنيويه، كل ذلك لإطلاق الأدله.

{وتعيين حصه كل منهما} من المالك عند العقد، أو منهما بعده، وفى الأول يلزم وفى الثانى لا يلزم لما عرفت.

ثم إنه يصح للمالك أن يقول: لكما النصف من العنب والرمان ــ وفى

وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا، وحينئذ فإن كانت الحصه المعينه للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث مثلاً صح، وإن لم يعلم العامل كيفيه شركتهما وأنها بالنصف أو غيره

البستان هما فقط _ لكل نصفهما أى الربع، أو بالاختلاف، أو لأحدكما العنب وللآخر الرمان، كل ذلك لإطلاق الأدله.

ويدل على جواز تعدد العامل مع اتحاد المالك، بالإضافه إلى الإطلاق قصه مساقاه النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) مع أهل خيبر على ما تقدم.

{وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل} فى عقد واحد، وإلا فمساقاتان لهما بالنسبه إلى عامل واحد، فليس محل الكلام هنا، وقد ذكر المسأله الشيخ والعلامه والمحققان وغيرهم، بل لم يظهر خلاف، والدليل عليه الإطلاق ولو بالمناط، والعمومات على النحو الذى ذكرناه فى بعض المسائل، لا أن يكون عقداً جديداً غير المساقاه.

{كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا} من الحصه، وكذا تصح إذا كان لهما بستانان وساق واحد بمساقاه واحده بأن يكون كل منهما جزءاً من عقد.

{وحينئذ فإن كانت الحصه المعينه للعامل منهما، سواء كالنصف أو الثلث مثلاً صح} لأن العامل يعلم مقدار حصته وبذلك لا غرر {وإن لم يعلم العامل كيفيه شركتهما وأنها بالنصف أو غيره} هل لكل منهما نصف البستان أو لهذا ثلثه ولذاك ثلثاه، أو غير ذلك، فإن جهل العامل بذلك لا يوجب غرراً، وعليه فإذا

وإن لم يكن سواء كأن يكون فى حصه أحـدهما بالنصف وفى حصه الآخر بالثلث مثلاً، فلا بد من علمه بمقدار حصه كل منهما لرفع الغرر والجهاله فى مقدار حصته من الثمر.

كـان لكـل نصف البسـتان صـح أن يجعلاـ للعامـل نصف الثمر، من كـل منهمـا نصف ثمره، كما يصـح أن يجعلا من كل منهما للعامل نصف الثمر، من أحدهما ثلثه ومن الآخر ثلثاه، وإذا كان لأحدهما ثلث البسـتان وللآخر ثلثاه صح أن يجعل صاحب الثلث للعامل ـ الذى له نصف تمام الثمر من كل البستان ـ ثلث نصف العامل، أو ثلثى نصف نصف العامل، فالأقسام خمسه:

لأنه إذا كان لكل مالك نصف فى بسـتان يسوى ثمره تسـعين، صح أن يجعل الخمسه والأربعون عليهما بالتساوى أو الاختلاف، وإذا كـان لمالك الثلث وللآخر الثلثان فى البسـتان المـذكور، صـح أن يجعل لصاحب الثلث الثلث، أى خمسه عشـر، أو أقل من الثلث كعشره، أو أكثر كعشرين.

{وإن لم يكن سواء، كـأن يكون فى حصه أحـدهما بالنصف وفى حصه الآخر بالثلث مثلاً} ولـم يعلم العامل كم له، لأنه إذا علم كم له، مثلاً نصف المجموع لا بأس به، لأنه ليس بغرر.

{فلابـد من علمه بمقـدار حصه كـل منهمـا لرفع الغرر والجهاله} المنهى عنه فى حـديث النبى (صـلى الله عليه وآله وسـلم)، وقد عرفت حجيته، فإشكال المستمسك غير ظاهر الوجه.

{فى مقدار حصته من الثمر}، قال فى الشرائع: (لو كان الأصول لاثنين فقالا

لواحد: ساقيناك على أن لك من حصه فلان النصف ومن حصه الآخر الثلث صح، بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما، ولو كان جاهلاً بطلت المساقاه لتجهل الحصه).

أقول: ومن علته يظهر أن المناط الجهاله المطلقه، لا ما إذا علم حاصل جمع الحصتين، وإن لم يعلم ما على كل واحد، مثلاً علم أن ما يحصل منها عشرون وسقاً، لأنه له لا غرر كما لهما لا غرر.

ومنه يعلم العكس، وهو أن العامل إذا علم مقدار ما يحصل لكنهما جهلا مقدار ما يكون عليهما لجهلهما بقدر حصتهما من البستان مما لزم غررهما بطل أيضاً.

بقى شىء، وهو أن العامل والمالك لو كانا متعدداً صح عقد واحد، كما إذا كان بستان مشتركاً بين الأب وابنه الصغير، لإرثهما من زوجته الميته مثلاً، فقال الأب أصالةً وولايةً لنفرين: ساقيتكما هذا البستان بأن يكون لكما النصف صح، لإطلاق الدليل.

ص:٢٧٥

مسأله ۲۶ إذا ترک العامل العمل بعد العقد

(مسأله ۲۶): إذا ترک العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو فی الأثناء، فالظاهر أن المالک مخیر بین الفسخ أو الرجوع إلی الحاکم الشرعی، فیجبره علی العمل

(مسأله ۲۶): {إذا ترک العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو فی الأثناء} ولم یکن ذلک عن دعوی له علی المالک بأنه غبنه، أو تبین له أنه لا یفی بشرطه فی إعطائه الحصه ولا یقدر علی إنقاذها منه أو ما أشبه ذلک.

{فالظاهر أن المالک مخیر بین الفسخ أو الرجوع إلی الحاکم الشرعی فیجبره علی العمل} إلی غیر ذلک من شقق التخییر کما سیأتی.

أما الفسخ، فلأن الالتزام بهذا العقد ضرر علی المالک، فدلیل «لا ضرر» یرفع لزومه، کما ذکروا فی خیار الغبن، ولأن مبنی العقد علی ذلک ارتکازاً، فهو شرط ضمنی یستدعی تخلفه الخیار.

وأما الرجوع إلی الحاکم الشرعی، فلأنه من طرق إنقاذ الحق، وللإنسان أن یتمسک بما ینقذ حقه مما هو مشروع.

وأما التخییر بینهما، فلأنهما طریقان ولا دلیل علی تعیین أحدهما فالأصل عدم التعیین.

وربما یقال: بأنه لا حق له فی الفسخ ما دام یتمکن من الرجوع إلی الحاکم لأصاله اللزوم، وقد فرض إمکان إنقاذ حقه، والضرر متدارک بالرجوع إلی الحاکم.

وفیه: بالإضافه إلی أن ذلک لا یمنع من خیار الشرط الضمنی کما تقدم، أن إنقاذ الحق کما یمکن بالرجوع إلی الحاکم یمکن بالفسخ، إذ الحق یشمل کلاً من طرفی المعامله إما هذا وإما هذا، وکذا إذا فسخ أو أخذ بدل ماله تقاصاً.

وإن لم يمكن جبره استأجر من ماله من يعمل عنه

لا يقال: إنه لم يهب حقه، لأنه إذا رجع إلى الحاكم أخذ ما ثبت بسبب العقد.

لأنه يقال: إنه حيث ذهب حقه فلا مجال لأصاله اللزوم.

هذا بالإضافه إلى المناط فى جمله من الخيارات، وإلى أن الشارع إنما أمضى المعامله العرفيه، وهى فى العرف يوجب الخيار، أو الرجوع إلى الحاكم إذا ترك الطرف ما عليه، ولذا قال فى الجواهر: (قد يقال: بأن تعين الرجوع إلى الحاكم من دون خيار مناف لما يستفاد منهم فى غير المقام، كالخيار بعدم الوفاء بالشرط، وكالخيار بتأخير الثمن وبالامتناع من العمل وتسليم العين المستأجره ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شىء من ذلك من غير مراجعه إلى الحاكم، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافى استحقاق الآخر عليه، شرع له الشارع الفسخ، وكان العقد فى حقه جائزاً دفعاً لضرره بذلك).

وإشكالات المستمسك عليه غير وارده، كما لا يخفى على من راجعها، مما لا نطيل المقام بذكرها وما فيها.

{وإن لم يمكن جبره} على العمل {استأجر} وإنما كان الجبر مقدماً على الاستيجار لأن عمله بنفسه طرف العقد، فاللازم أن يأتى هو به، ولا نريد بعمله بنفسه المباشره، بل قيامه بنفسه مباشره أو تسبيباً.

{من ماله من يعمل عنه} والإجاره كالمثال، وإلاّ فالصلح والهبه المشروطه ونحوهما أيضاً له نفس الفائده، فالدليل يشمل الجميع، وإنما يستأجر الحاكم لأنه الموضوع لأجل إعطاء الحقوق والفصل فى القضايا، وولايته فى ذلك هى

ولا-یه (وَالَّذینَ آمَنُوا) فی آیه (إِنَّمَا وَلِیُّکَمُ اللَّهُ)((۱)) لأنها امتداد منها، وقد ثبتت من قوله (علیه السلام): «فارجعوا إلی رواه حدیثنا»((۲))، وقوله (علیه السلام): «فإنی قد جعلته علیکم حاکماً»((۳))، و«اللهم ارحم خلفائی»((۴))، إلی غیر ذلک، ولذا استدل بالآیه صاحب الجواهر للمقام.

ومنه یعلم أن قول المستمسک: (لکن الآ-یه الشریفه متعرضه لولایه الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) والإمام (علیه السلام)، فالاستدلال بها علی ولا-یه الحاکم موقوف علی دلیل یدل علی عموم نیابه الحاکم، ولکنه مفقود) إلی آخر کلامه غیر ظاهر الوجه، إذ المراد بالآیه ولو بقرینه الخارج أن المراد ولایه الذین آمنوا الممتده، وإلّا کانت الآیه ضد ولایه الأئمه (علیهم السلام) وولاتهم فی حال حیاتهم.

والروایات دلت علی امتداد ولا-یتهم إلی نواب الغیبه، کما ذکرناه فی کتاب الفقه: (الاجتهاد والتقلید) و(الحکم فی الإسلام) و(السیاسه) فالعموم ثابت، بالإضافه إلی أن أمثال المقام من شأن القضاه عرفاً فی کل دین وقانون، فإذا دل الدلیل علی أنه قاض ثبت أمثال المقام له تلقائیاً، فإن الحاکم ثابت له کل ما کان للإمام مما تقوم به الشؤون إلّا ما خرج بالدلیل، ولذا لم نستبعد أن یکون له سن القوانین التی تحتاج إلیها الأمه فی دفع الهرج والمرج، وما یکون وضع القانون علی خلاف سلطنه الأفراد أهم من إعطائهم السلطه المستفاده من «الناس

۱- سوره المائده: الآیه ۵۵

۲- الوسائل: ج۱۸ ص۱۰۱ الباب۱ ح۹

۳- الوسائل: ج۱۸ ص۹۸ الباب۱ من صفات القاضی ح۱

۴- الوسائل: ج۱۸ ص۱۰۰ الباب۱ ح۷

مسلطون علی أموالهم وأنفسهم»((۱))، مثل قوانین المرور، حیث إن دون الوضع یسبب کثره تلف الأموال والأنفس، سواء فی وضع أصل القانون، مثل إلزام الوقوف أمام الإشارات الحمراء، والسیر من الطرف الأیمن إلی غیر ذلک، أو وضع العقوبات الرادعه له، مثل تغریم المخالف ولو بالمال أو السجن مما یردعه من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، وقاعده «لا ضرر»((۲))، والاهم والمهم.

وکذلک الحال بالنسبه إلی القوانین الثانویه الاضطراریه، مثل جعل القانون حال الحرب بالأخذ من أموال الناس بقدر خمسین بدل الخمس، إلی غیر ذلک، وقد ذکرنا فی الکتب المتقدمه بعض الشواهد لذلک، کما ذکرناها أیضاً فی کتابی: (الحدود والتعزیرات) و(القضاء).

مثلًا: إذا کان الوضع الاقتصادی للبلاد متدهوراً مما أوجب کثره السرقه ولم تکن عقوبه القطع رادعه، جاز سجن السراق عوض القطع إلی أن یستقیم الوضع الاقتصادی، فإنه ضروره، ولا ینافی ذلک کون القانون یشمل حتی غیر مورد الضروره، مثل أنه لا ضروره عند ما إذا کان الشارع فارغاً والإشاره حمراء فی وقوف السیارات، إذ لا ضروره حینئذ فی الوقوف، فکیف یغرم المخالف، وإنما لا ینافی لأنه یدور الأمر بین ضرب القانون العام وإن أخذ البریء، وبین إحاله مواضع الصلاح والفساد إلی الأفراد، وذلک مما یوجب الضرر الأکثر، وعدم استقامه النظام والهرج والمرج

۱- بحار الأنوار: ج۲ ص۲۷۳

۲- الکافی: ج۵ ص ۲۸۰ ح۲، التهذیب: ج۷ ص۱۴۶ ح۶۵۱

فيأتى قانون الأهم والمهم فى المقام، ولا يلزم من ذلك تأسيس فقه جديد كما ربما يتوهم، لأنه يلزم جعل عقوبات جديده وماليات جديده ومعاملات جديده وتحديد حريات وما أشبه ذلك، وإنما لا يلزم لأنه تأسيس تطبيقات جديده لقوانين فقهيه أوليه وثانويه موجوده على المتطلبات العصريه.

ولا فرق فى كل ذلك بين التكليفيات والوضعيات.

فلا يقال: إن صح جعل القانون الملائم لم يتغير الوضع، مثل من اضطر إلى شرب الخمر ينجس فمه، وآكل طعام الغير فى المخمصه يضمن.

لأنه يقال: لا دليل على أن الوضع غير التكليف، كما ذكره الشيخ (رحمه الله) فى الرسائل، فإذا جاء الوباء وكان من مبعثه الحليب، ولم يعلم أى حليب كذلك، جاز للحاكم أن يقنن سكب وإفناء كل حليب وقايةً عن مرض الناس، ولا يضمن بالنسبه إلى ما كان واقعاً غير مبعث للوباء لأصاله عدم الضمان، والنقض بأنه ربما يستلزم العمل خلاف الضرورى غير تام، إذ المفروض أن القانون يكون من وضع المجتهد العادل الخبير بالدين والدنيا وما يصلح أمور المسلمين، ومثله لا يفعل غير الجائز فلا يصطدم قانونه بالضرورى.

ومما تقدم علم أن ذلك ليس من باب ولايه الفقيه بالمعنى الذى توهمه بعض من أنه يضع ما يشاء ويترک ما يشاء، ولا من باب المصالح المرسله التى لا نقول بها، إذ ولايه الفقيه إنما تكون فى دائره الأحكام الإسلاميه، والمراد بالولايه أن الفقيه يتولى التصرف فى البلاد والعباد لا غيره، لا خارج

أو بأجره مؤجله إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه ويستأجر من يعمل عنه،

دائره أحكـام الإسـلام، لكن تكون فى ضـمن دائره الأحكـام الثانويه من لا ضـرر ولا حرج والاهم والمهم، ورعايه مصالـح العباد حتى لا يستلزم اختلال النظام والهرج وغير ذلك.

كما أن المصالح المرسـله التى يقول بها العامه مبنيه على أن أموراً محتاج إليها لم يذكرها الشارع لا عموماً ولا خصوصاً، وذلك غير تام، لأنه ما من شيء إلا ورد به كتاب أو سنه بالعنوان الأولى أو الثانوى، كما ورد بذلك متواتر الروايات، فلا مصالح مرسله، فالفـارق بيننـا وبينهم أنهم يحكمـون حسب الرأى والقيـاس، ونحن نحكم حسب الأدله الثـانويه، وكون النـتيجه أن بين قوانينهم وقوانيننا عموماً من وجه، ويكون التصادق فى بعض القوانين غير ضار بقولنا لا مصالح مرسله، لأن الفارق بيننا وبينهم:

أولاً: فى موارد الافتراق.

وثانياً: فى مستند الحكم فى موارد الاجتماع، والله سبحانه العالم.

وممـا تقـدم يعلم وجه قـوله: {أو بـأجره مـؤجله إلى وقت الثمر فيؤديهـا منه}، وكـذا إذا أعطى الأجير من مختلـف مـال العـامل كإعطـائه بعض الثمر بنفسه لاـ بمـا يـبيعه حتى يؤديه نقـداً، أو يجعـل أجرته جلوسه فى داره الخـاليه أو مـا أشـبه ذلـك، لوحـده الملاـك فى كـل ذلك، وكـذلك قوله: {أو يسـتقرض عليه ويسـتأجر من يعمل عنه}، ولم يعلم وجه تفكيك المسـتمسك بين جبره والاستقراض، فلم يجعلهما

وإن تعـذر الرجوع إلى الحاكم أو تعسـر فيقوم بالأمور المـذكوره عدول المؤمنين، بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه أو المقاصه من ماله، أو استيجار المالك عنه ثم الرجوع عليه، أو نحو ذلك،

من وظائف القاضى، وبين الاستئجار من ماله فاستظهر أنه من وظائف القاضى.

{وإن تعـذر الرجوع إلى الحاكم أو تسـعر فيقوم بالأمور المـذكوره عدول المؤمنين} لقوله (عليه السـلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس». ولغيره من ما ذكر فى ولايه العدول.

وعليه فلا وجه لإشكال المستمسك بأن ولايه العدول ليست ثابته فى مثل المقام، ولا سيما بملاحظه تدارك الضرر بالخيار.

{بل لا يبعـد جواز إجباره بنفسه} بدون مراجعه الحاكم والعدول، لما دل على جواز دفاع الإنسان عن نفسه وعن ماله، نعم يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يوجب مفسده لا يرضى بها الشارع.

{أو المقـاصه من مـاله} لمـا دل على المقـاصه إطلاقـاً أو مناطـاً، وللأولويه المسـتفاده من قوله (عليه السـلام): «لىّ الواجـد يحل عقوبته وحبسه».

{أو استيجـار المالـك عنه، ثم الرجـوع عليه} لأنه نـوع من التوصـل إلى الحـق ممـا يـدل عليه المنـاط فى المقـاصه ولىّ الواجد وغيرهمـا {أو نحـو ذلـك} من سـائر طرق الوصول إلى حقه ممـا لم يـدل دليـل على المنع عنه، ممـا يفهم من إطلاق الأدله أو مناطها، كأن يبيع شيئاً له ويعطيه جعاله لمن يعمل عمله وما أشبه ذلك.

وقد يقال: بعدم جواز الفسخ إلّا بعد تعذر الإجبار، وأن اللازم كون الإجبار من الحاكم مع إمكانه وهو أحوط، وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكوره

نعم حيث إن الأمر ضروره لزم أن يقدر بقدرها، كما لزم التدرج من الأخف فالأخف، فإذا أمكن إيجار ماله أو بيعه كان الإيجار مقدماً، إلى غير ذلك من الأمثله.

{وقد يقال} بل هذا هو ظاهر المشهور، وقد ينسب إلى ظاهر الأصحاب، لكن جمله منهم أمثال التحرير ومجمع البرهان خالف، فلا إجماع فى المسأله.

{بعدم جواز الفسخ إلّا بعد تعذر الإجبار} لما تقدم من أن مستند الفسخ قاعده «لا ضرر»، ولا ضرار مع تمكن الإجبار، وفيه ما تقدم.

{وأن اللازم كون الإجبار من الحاكم مع إمكانه} لأن الحاكم وضع لإيصال الحقوق إلى أربابها، فلا يصح لنفسه الإجبار مع إمكان الحاكم، لأنه يوجب المفاسد مما لا يرضى بها الشارع.

{وهو أحوط} خروجاً من خلاف من أوجب، ولأنه لا توهم محذور فى ما ذكر بخلاف ما ذكرناه من التخيير، حيث احتمال المحذور الذى ذكروه.

{وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكوره} من الفسخ والإجبار بنفسه، مباشرةً أو تسبيباً، والرجوع إلى الحاكم أو وكيله والمقاصه والاستيجار ونحوه للعمل عنه، وكثير من المعلقين كابن العم قرر المصنف على تخييره، وإن أوجب الاحتياط السيد البروجردى، وقوى الترتيب السيد الجمال.

هـذا إذا لم يكن مقيـداً بالمباشـره، وإلاّ ـ فيكون مخيراً بين الفسـخ والإجبـار، ولا ـ يجوز الاستيجـار عنه للعمـل، نعم لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط والاستيجار عنه أيضاً.

و {هـذا} التخيير {إذا لم يكن} العقـد {مقيداً} قيداً أو مصباً {بالمباشـره} من العامل، {وإلا فيكون مخيراً بين الفسخ والإجبار} والمقاصه، إذ لا محل لاستيجار غيره، حيث لا يشمل العقد ذلك.

{و} قوله: {لا ـ يجوز الاستيجار عنه للعمل} يراد به الوضع، إذ لا يصح، لا أنه يصح ولا يجوز شرعاً حتى يكون مثل البيع وقت النداء.

{نعم لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط لا القيد} ولا المصب {يمكن إسـقاط حق الشـرط والاستيجار عنه أيضاً} إذ بإسـقاطه يكون كما لم يكن شرط، فله إنقاذ حقه بالاستيجار.

ولم يظهر وجه لإشكال المستمسک فی صحه شرط مقومات موضوع العقد فی ضمن العقد فی مقابل جعلها قيوداً له، فإذا جعلت شرائط فلابد أن تلحظ قيداً لموضوع العقد، فيلزم حينئذ جعل موضوع العقد ثانياً، وهو خلاف المرتكز العرفی.

إذ يرد عليه: إن المرتكز العرفی التزام فی التزام، فلا يكون الأمر التزاماً واحـداً، إما يوجد وإما لا يوجد، بل إن وقف الشارط على الالتزام الثانی كان له الفسـخ، وإن صـرف النظر عنه كان له البقاء على الالتزام الأول، وذلک بخلاف القيـد، فإن له التزاماً واحـداً بالحدود المقيده، فأمره دائر

بين الوجود والعدم، وبخلاف المصب فإن مصب العقد هو الحد لا المحدود، فأمره دائر بين الوجود والعدم أيضاً.

والإنشاء حيث إنه خفيف المؤنه يمكن أن يجعل مره مستقلاً ومره ثانيه فى ضمن الأول، ويمكن أن يتوجه إلى المحدود، كما يمكن أن يتوجه إلى الحد، ومن الواضح أنه لو جعل المحدود انتزع منه الحد، ولو جعل الحد انتزع منه المحدود، إذ لا يعقل أحدهما بدون الآخر.

ص:٢٨٥

مسأله ۲۷ إذا تبرع عن العامل متبرع

(مسأله ۲۷): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره، بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه أيضاً كفى،

(مسأله ۲۷): {إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز} لأصاله تسلط المتبرع على عمله بعد أن لم يكن محذور من طرف المالك ولا العامل {إذا لم يشترط المباشره} بنحو المصب والقيد، وإلّا لم يصح التبرع عنه لأن عمل العامل غير قابل للنيابه عنه، أما إذا كان بنحو الشرط جاز للشارط رفع يده عن شرطه فيصح التبرع عنه، لأنه بعد رفع يده عنه يكون المطلوب صرف العمل بنفسه أو بالتسبيب أو نحوهما، والمتبرع يأتى بنفس العمل.

ثم فى صوره التبرع إذا كان بنحو المصب والقيد لم يستحق العامل على المالك شيئاً، لأنه لم يفعل شيئاً حتى يأخذ مقابله، وصارت المعامله من السالبه بانتفاء الموضوع، وكذا إذا كان بنحو الشرط ولم يرفع الشارط يده عن شرطه، أما إذا رفع فالعامل يستحق حصته، لأنه قد أتى المتبرع العمل عنه فكأن العامل أنجز العمل بنفسه، مثل ما إذا استأجر العامل، حيث إن عمل الأجير عمل العامل، وإذا أدى العامل عمله استحق حصته.

{بل لو أتى به} المتبرع {من غير قصد التبرع عنه} عن العامل {أيضاً كفى} كأنه لأن المركوز فى أذهان المالكين أن المهم الإتيان بالعمل، فمع الإتيان به بمباشره العامل أو أجيره أو المتبرع عنه أو المتبرع لا عنه، فقد حصل العمل الذى فى قباله الحصه، فاللازم أن يدفع الحصه للعامل.

بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً، وإن كان لا يخلو عن إشكال، فلا يسقط حقه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجه إلى بعض الأعمال كما إذا حصل السقى بالأمطار ولم يحتج

ومنه يظهر وجه قوله: {بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً}، ولا يخفى أن المتبرع لو لم يقصد لا عن هذا ولا عن ذاك، كان أيضاً قد تبرع، لأن التبرع عباره عن العمل بدون قصد الأجره، وليس فى معناه قصد النيابه عن أحد.

نعم يشكل عدم كون قدر حقه له إذا لم يقصد التبرع عن أى منهما، بما ذكرناه من الثمر أن نتيجه العمل والأصل، فاللازم أن يدخل فى ملك من لا قصد له بقدر حقه.

{وإن كان لا يخلو} كل من الفرضين {عن إشكال} لأنه إذا لم يقصد المتبرع العمل عن العامل لا ينسب الفعل إلى العامل كى يستحق العامل بسبب فعله الحصه.

وما تقدم فى وجه قوله: (كفى) غير تام، لأنه حتى إذا كان مهم المالك أن يؤتى بالعمل لا ربط للعمل بالعامل كى يستحق الحصه، فيكون من أكل المال بالباطل، ويكون حاله حال ما إذا صار العمل بسبب الطبيعه الإلهيه مثل السقى بالمطر كما سيأتى.

{فلا يسقط حقه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجه إلى بعض الأعمال كما إذا حصل السقى} فى الجمله {بالأمطار} أو السيول أو ما أشبه {ولم يحتج

إلى النزح من الآبـار، خصوصـاً إذا كـانت العاده كـذلك، وربما يستشـكل بأنه نظير الاستيجار لقلع الضـرس إذا انقلع بنفسه، فإن الأجير لا يستحق الأجره لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم فى المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل،

إلى النزح من الآبار} ونحوه، إذ المعامله ليست على الجزئيات إذا كان معظم الأعمال يأتى من الساقى، لتعارف حصول الجزئيات بدون فعل الساقى مثل المطر أحياناً، وسقوط جمله من الثمار مما يقلل عمل الساقى فى القطف، إلى غير ذلك.

{خصوصاً إذا كانت العاده كـذلك} إذ المعامله تنصب حينئـذ إلى غير ما جرت العاده بأن يفعل بنفسه، فقد أتى الساقى بكل ما عليه وفى قباله يستحق حصته.

{وربمـا يستشـكل} اسـتحقاق الساقى للحصه إذا صار السـقى بنفسه {بأنه نظير الاستيجار لقلع الغرس إذا انقلع بنفسه} كما ذكره الجـواهر، ومثله الاستيجـار لقطـف الثمر أو قلع الشـجره أو تأبيرهـا أوهـدم الحائـط أو تـدفئه أو تبريـد الغرفه، إلى غير ذلـك، إذا أوقعت الأرياح الثمار والأشجار وأبرها وأسقطت الحائط، وإذا دفئت أو بردت الهواء بما لم يكن مجال لهما بعد ذلك.

{فإن الأجير لا يسـتحق الأجره لعـدم صدور العمل المسـتأجر عليه منه} حيث إن الأجره كانت فى قبال عمله، وحيث لا عمل فلا أجره، {فاللازم فى المقام} مبحث المساقاه {أيضاً عـدم اسـتحقاق} الساقى {ما يقابل ذلك العمل} الذى تبرع به المتبرع، حيث إن الساقى لم يعمل عملاً، فكيف يستحق الحصه مع أن الحصه

ویجاب بأن وضع المساقاه وكذا المزارعه على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمره، فمع احتیاج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغیر سقط واستحق حصته، بخلاف الإجاره فإن المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه

كانت فی مقابله، وتنظیره بالإجاره لیس قیاساً، بل من باب وحده الدلیل فیهما.

{ویجاب} بما ذكره الجواهر {بأن وضع المساقاه وكذا المزارعه على ذلك}، حیث إن المراد بالتعامل فیها فعل معظم الأعمال لا ما یتفق أحیاناً أو عادهً، فالحصه فی قبال المعظم، وقد فعله الساقی، بل الحال كذلك فی الإجاره فإذا استأجره للسقی أو القطف أو ما أشبه لم یضر بالأجره سقی المطر أحیاناً، أو قطف الهواء لبعض الثمار.

وعلیه فتخصیص عدم الإشكال بالمزارعه والمساقاه غیر ظاهر الوجه.

{فإن المراد حصول الزرع والثمره} بفعل الساقی والزارع معظم أعمالهما {فمع احتیاج ذلك إلى العمل فعله العامل} وكانت الأجره والحصه فیهما فی مقابل ما عمل، وكذلك الحال فی المضاربه، حیث یتعارف إنجاز بعض الأعمال من غیر العامل.

{وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغیر سقط} ذلك الذی فعل بنفسه عن العامل فی الموارد الأربعه {واستحق حصته} العامل أجیراً أو مزارعاً أو مساقیاً أو عاملاً فی المضاربه.

ومنه یعلم الإشكال فی قوله: {بخلاف الإجاره فإن المراد منها} المنصب علیه العقد {مقابله العوض بالعمل منه أو عنه} إذ الإجاره أیضاً كذلك، فلو استأجره لقلع أضراسه وكانت شدیده، لكن اتفق أن سقط على وجهه أو مرض

ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال، وأما لو كان على خلافه كما إذا لم يكن عليه إلاّ السقى واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كليه

بما سبب تزلزل الإسنان فسهل قلعها، لم يكن ذلك مضراً بالأجره إذا كان مثل ذلك المرض ونحوه مما لا يضر بالأجره عرفاً.

والحاصل: إن التعارف إذا كان موجوداً لم يضر عدم بعض العمل فى الإجاره وغيرها كالمساقاه، وإذا لم يكن أضر فيهما.

{و} كيف كان، {لا بأس بهذا الفرق} بين الإجاره والمساقاه عند المصنف، وإن قد عرفت البأس به عندنا {فيما هو المتعارف سقوطه} عن العامل {أحياناً، كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال} على العامل.

{وأما لو كان على خلافه} أى خلاف المتعارف، بحيث سقط عن العامل بعض الأعمال التى كانت مقابله بالحصه، كما إذا سقط عنه نصف السقى والحال أنه لم يكن المتعارف ذلك، فإن فيه يلزم أن يقال بنصف الحصه.

{كما} أنه إذا سقط عنه كل العمل كان اللازم أن يقال بسقوط كل الحصه، مثل ما {إذا لم يكن عليه إلاّ السقى} فقط فى عقد المساقاه {واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كليه} كالسيل، أو كان عليه قطف الثمار فسقطت بسبب الهواء ونحوها، وقد عرفت أن حال الاستغناء عن نصف العمل أو ربعه مثلاً ـ كذلك بالنسبه، فتخصيص المصنف الأمر بقوله: (كليه) إنما هو لأجل إسقاط الحصه كليه.

فاستحقاقه للحصه مع عدم صدور عمل منه أصلًا مشكل.

{فاستحقاقه للحصه مع عدم صدور عمل منه أصلًا} محل منع، ولذا أشكل عليه غير واحد من المعلقين حيث قال: إنه {مشكل} إذ لا وجه للاستحقاق إلاّ ما تقدم عند قوله: (كفى) وقد عرفت وجه النظر فيه هناك.

ثم إذا سقط نصف العمل مثلاً، فالظاهر أن لكل منهما الفسخ، لخيار تبعض الصفقه، وكذلك إذا تبرع عن المالك، أو إطلاقاً ــ أى لا عن العامل ــ متبرع بنصف العمل ونحوه، حيث إن دليل الخيار الذى ذكروه فى البيع ونحوه آت هنا أيضاً.

والكلام فى باب المساقاه آت فى الأبواب الثلاثه الأخر، أى المضاربه والمزارعه والإجاره كما عرفت.

ص:٢٩١

مسأله ۲۸ إذا فسخ المالک العقد بعد امتناع العامل

(مسأله ۲۸): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل، يكون الثمر له وعليه أجره المثل للعامل بمقدار ما عمل

(مسأله ۲۸): {إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل} فإن لم يعمل أصلًا أو عمل ما لا يكون له مدخل فی الثمر بأن لم يستند الثمر إليه {يكون الثمر له} للمالك لأنه ناتج أشجاره، ولا ربط له بالعامل.

{وعليه أجره المثل للعامل بمقدار ما عمل} إذا كان عمل ما لا مدخليه له للثمر، وذلك لأن العامل قد عمل للمالك عملًا محترماً، فاللازم عليه عند انتفاء الحصه الأجره.

وتوضيح الكلام فی ذلك أن الصور أربع: لأنه إما أن يفسخ قبل العمل، أو بعده، بما لا مدخليه له بالثمر، أو بماله مدخليه، أو بعد ظهور الثمر.

ففی الأولی: لم يعمل شيئاً حتی يستحق شيئاً.

وفی الثانيه: إن كان الفسخ من الأصل ــ إذا كان له الفسخ من الأصل ــ فإن كان العقد ذا أجزاء كان للعامل حق الأجره، وإذا كان العقد ارتباطياً بحيث إنه حين العقد قررا ولو ارتكازاً أن لا شیء له إذا لم يكمل العمل، لا وجه لأن يكون للعامل شیء.

وفی الثالثه: الظاهر أن له بقدر ما كان له مدخليه فی الثمر، لما تقدم مكرراً من أن الثمر وليد الأصول والعمل، فلا وجه لاختصاصه بصاحب الأصول وتكون الأجره لصاحب العمل، ولا فرق فی ذلك بين أن يكون الفسخ من أصله أو من حينه.

ص:۲۹۲

هذا إذا كان قبل ظهور الثمر، وإن كان بعده يكون للعامل حصته وعليه الأجره للمالك إلى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء، وإلاّ فله الإجبار على القطع بقدر حصته إلاّ إذا لم يكن له قيمه أصلاً فيحتمل أن يكون للمالك

{هذا كله إذا كان قبل ظهور الثمر، وإن كان بعده} وهى الصوره الرابعه {يكون للعامل حصته} لأنه قد تقدم أن بالظهور يملك كل منها حصته.

{وعليه} أى على العامل {الأجره للمالك} أجره الأرض بالنسبه إلى ما تبقى الحصه فى أرضه {إلى زمان البلوغ إن رضى} المالك {بالبقاء}، والمراد أجره المثل إلاّ إذا قررا أزيد أو أقل منه، لأن الأمر بينهما فلهما التراضى كيف شاءا، {وإلا} يرضى المالك ببقاء حصه العامل {فله الإجبار على القطع بقدر حصته} لتسلط المالك على ماله فله إزاله ثمر الغير عنه إذا لم يلزم ضرر من ذلك على العامل.

أما إذا لزم الضرر فقد سبق فى بحث المزارعه أنه قد يعارض تضرر المالك من بقائه فله الإجبار لكون المرجع قاعده السلطنه بعد تعارض الضررين وتساقطهما، وقد لا يتضرر المالك فيقدم لا ضرر العامل على سلطنه المالك، لأن السلطنه دليل أولى يُقدم عليه الدليل الثانوى، فتأمل.

ومنه يعلم أن إطلاق المستمسك قوله: (إذا لزم من القطع ضرر على العامل كان دليل نفى الضرر مانعاً من إجباره على القطع) انتهى محل نظر، وهو مثل إطلاق المصنف حق الإجاره {إلا إذا يكن له قيمه أصلاً فيحتمل أن يكون للمالك} لما ذكروه من أن الثمر لصاحب الأرض، فإذا كانت له ماليه كانت

كما قبل الظهور.

للعامل حسب القرار فى الحصه، أما إذا لم تكن له ماليه فلا ملكيه للعامل، وحيث لا تكون للعامل فهو للمالك {كما قبل الظهور}.

لكن يرد عليه أولاً: إن قبل الظهور إذا كان شيء كان للعامل أيضاً، لما ذكرناه من قاعده أنه تابع للعمل والأصل.

وثانياً: الملكيه للعامل لا تتوقف على الماليه، فلا موجب للخروج عما دل على الاشتراك فى الظهور، كما ذكره المستمسك.

ص:٢٩۴

مسأله ۲۹ إذا لم يعمل العامل استأجر عنه المالك

(مسأله ۲۹): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه، إما مطلقاً كما لا يبعد، أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم، لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه،

(مسأله ۲۹): {قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ} المساقاه {ويستأجر عنه ويرجع عليه} من يعمل عمله، فللعامل الحصه وللأجير الأجره على العامل، من غير فرق بين أن تكون الأجره من نفس الحصه أو من غيرها، سواء كانت الأجره أكثر من الحصه أو أقل أو مساوياً، لإطلاق ما دل على الإجاره على العامل.

{إما مطلقاً كما لا يبعد} وقد أيدناه سابقاً {أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم} كما اختاره بعض.

{لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه} كما ذكره الفاضلان على تردد وإشكال، بل عن جامع المقاصد إن الرجوع مع الإشهاد موضع وفاق، وفی المسالک إن الأقوى أنه يرجع مع نيته مطلقاً، ونقل قولاً آخر بأنه يرجع مع تعذر الإشهاد لا مع إمكانه، ووجهه أن الأصل عدم التسلط على شغل ذمه الغير بحق يطالب به فيقتصر فيه على موضع الوفاق، ووجهه فی الإيضاح بأن الشارع أمر بالإشهاد ولم يحصل.

وفيهما ما لا يخفى، لأن الأصل لا يقاوم الدليل الذی ذكر على الاستيجار والرجوع.

أما الأمر فقد رده مفتاح الكرامه بأنا لم نجد به أمراً، إلاّ أن يكون استنهض عليه الإجماع.

ص:۲۹۵

فلو لم يشـهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله، وفيه ما لا يخفى، فالأقوى أن الإشـهاد للإثبات ظاهراً، وإلاّ فلا يكون شـرطاً للاسـتحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شـرعاً يسـتحق الرجوع، وإن لم يكن أشـهد على الاستيجـار، نعم لو اختلفـا فى مقـدار الأـجره فالقول قول العامل فى نفى الزياده

أقول: وحيث عرفت أنه لاـ إجماع فلا وجه، واحتمال أنه أراد بالأمر)استشـهدوا(ونحوه، فيه: إن ذلک ليس فى المقام، والمناط غير مقطوع به.

وعليه {فـ} القول بأنه {لو لم يشـهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله و} إن كان قد اسـتأجر {فيه ما لا يخفى} للأصل بعد أن لا دليل عليه كما عرفت، {فالأقوى أن الإشـهاد للإثبات ظاهراً} لدى الاختلاف {وإلا فلا يكون شرطاً للاستحقاق} لعدم الـدليل على الشـرطيه {فمع العلم} من العامل {به أو ثبوته شـرعاً} ببيّنه ونحوها اطلعوا على الأمر {يسـتحق الرجوع، وإن لم يكن أشهد على الاستيجار} لأنه حقه، والحق لا يحتاج فى واقعه إلى الإشهاد.

ومنه يعلم أنه لو كان أشهد ثم نسى الشاهد، أو مات، أو لم يرض بأن يشهد، لم يذهب حقه.

{نعم لو اختلفا فى مقـدار الأـجره} التى أعطاهـا المالـک للأـجير بـدل العامـل، فقـال العامـل: إنها مائه، وقال المالک: إنها مائه وخمسـون مثلاًـ {فـالقول قول العامـل فى نفى الزيـاده} لأصـاله عـدمها، والمالـک مـدع يحتـاج إلى الـبينه، لكن هـذا إذا كـان الاختلاف بين الزائد والناقص.

وقد يقال: بتقديم قول المالک لأنه أمين، وفيه ما لا يخفى

أما إذا كان الاختلاف بين متقابلين، كما إذا قال المالک: أعطيته وسقاً من الحنطه، وقال العامل: بل وسقاً من الشعير، كان من التحالف لعدم الجامع، وإن كان الشعير يسوى أقل، لأن المناط فى المنازعات مصب الدعوى لا الإكمال كما سبق تفصيله.

{وقد يقال: بتقديم قول المالک لأنه أمين} فيحلف ويأخذ الزائد، أو ما يدعيه فى صوره التنازع، {وفيه ما لا يخفى} لأن أدله الأمين منصرفه عن مثله.

وربما يقال: إن وجه الإشكال أن ما دل على قبول قول الأمين مختص بالمؤتمن من قبل الخصم.

وفيه: إنه لا وجه للاختصاص، ولذا الحاكم الشرعى والولى الشرعى مثل الأب والجد يقبل قولهما.

أما احتمال تقديم قول المالک لقاعده (من ملک شيئاً ملک الإقرار به)، ففيه: إن القاعده مصيده، فاللازم النظر فى دليلها وهو يشمل المقام.

ومما تقدم ظهر أنه لا يؤخذ بقول الأجير: إنه أخذ الأقل أو الأكثر، إذ لا حجيه فيه.

نعم لو قال: إنه أقل، والمالک قال الأكثر، كان للعامل إعطاء الأقل للأجير من باب أنه يعترف بأنه لا حق له فى أكثر من ذلک، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

وأما لو اختلفا فى أنه تبرع عنه أو قصـد الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالک لاحترام ماله وعمله إلاّ إذا ثبت التبرع، وإن كان لا يخلو عن إشكال، بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

{وأما لو أختلفا} المالک والعامل {فى أنه} أى الذى عمل فى البستان {تبرع عنه} بأن قاله العامل فلا حق للمالک فى حق الرجوع إلى العامل {أو قصد الرجوع عليه} بأن استأجر عنه {فالظاهر تقديم قول المالک لاحترام ماله وعمله} من جهه أنه أعرف بقصده، فيشمله دليل (ما لا يعرف إلاّ من قبله) كما تقدم وجهه فى بعض المسائل السابقه.

والاستدلال له بقاعده (من ملک) كما فى المستمسک، قد عرفت الإشكال فيه.

{إلاـ إذا ثبت التبرع} بشاهد أو إقرار سابق أو نحوه، فإنه إذا أنكر لم ينفع لتقدم الشاهد، ولأـن الإنكار بعد الإقرار لا يسمع، فقاعده (إقرار العقلاء على أنفسهم) محكمه كما ثبت فى كتاب الإقرار.

{وإن كان لا يخلو عن إشكال} لأصاله براءه ذمه العامل {بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل} للأصل المذكور، واستدل له فى الجواهر بأن أصاله عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامه من الغير ليست أصلاً أصيلاً.

وفيه: ما تقدم من أنه ما لا يعرف إلاّ من قبله، وقاعده من ملک ــ على مذاقهم ــ ومع وجود الأماره لا مجال للرجوع إلى الأصل، ولذا أيد السيدان الحكيم والبروجردى القول الأول.

ولو مات المالک وقال الأجير من قبله: إن العامل استأجره ــ بدل العامل ــ، وقال العامل: بل تبرعتَ كان الأصل مع العامل، لأن المالک كان يملک التصرف بالاستيجار وليس ذلک للأجنبى، فقاعده (من ملک) تجرى فى المالک دون مدعى أنه استأجره، وشمول (ما لا يعرف من قبله) لما نحن فيه، فيه خفاء إن لم يكن منصرفاً عنه.

مسأله ۳۰ لو تبين أن الأصول مغصوبه

(مسأله ۳۰): لو تبين بـالبينه أو غيرهـا أن الأـصول كـانت مغصوبه، فإن أجاز المغصوب منه المعامله صـحت المساقاه، وإلاّ بطلت وكان تمام الثمره للمالك المغصوب منه

(مسأله ۳۰): {لو تبين بـالبينه أو غيرهـا} من الموازين الشـرعيه {أن الأـصول كـانت مغصوبه، فـإن أجـاز المغصوب منه المعامله صحت المساقاه} لأن العقد وقع فضولياً، والفضولى يصح بإجازه المالك.

ومنه يعلم أن قول السيد البروجردى: (صلاحيه هذا العقد بقيوده للإجازه محل تردد)، غير ظاهر الوجه.

وكذلك لو تبين أن بعض الأصول كانت مغصوبه وأجاز مالكها، أما إذا لم يجز كان للعامل خيار تبعض الصفقه بالنسبه إلى قدر مال المالك.

{وإلا} يجز المالك فيما كانت كل الأصول مغصوبه {بطلت} بلا إشكال ولا خلاف لقاعده السلطنه.

أما قول المصنف: {وكان تمام الثمر للمالك المغصوب منه} فقد تقدم غير مره أنه مبنى على تبعيه النماء للأصل فى الملك، مع أنه لم يـدل عليه عرف أو شـرع، بـل النمـاء تـابع للأـصول والعمل، فلكل بقـدر حقه سواء كان زائـداً على الحصه المقرره أم لا، واحتمال أن يكون للعامل أقل الأمرين من الحصه وحقه، لأن الحق إذا كان أكثر فقد تنازل عنه بقبوله الحصه الأقل، قد تقدم فى بعض المسائل الإشـكال فيه، حيث إنه إنما رضـى بالأقل بالعقـد لا مطلقاً، اللهم إلاّ إذا رضـى بالأقل مطلقاً، فقد أهدر بنفسه حقه فى التفاوت.

ويستحق العامل أجره المثل على الغاصب

{و} كيف كـان، فـإذا بنى على أن كـل الثمر للمغصوب منه كمـا هو المشـهور {يسـتحق العامل أجره المثل على الغاصب} كما صرح به غير واحـد، لأن الغاصب أمره بالعمل، فاللازم عليه إعطاء بـدله من باب «لا يتوى» ونحوه، حيث لم تسـلم له الحصه التى اقتضاها العقد الباطل.

وفى الجواهر استدل للرجوع على الغاصب بأن العامل مغرور من الغاصب فيرجع على من غره.

وربمـا يشـكل على الأول بأنه لا دليل على أن الأمر يوجب الضـمان، وإنما اليـد توجبه والاستيفاء، وكلاهما مفقودان فى المقام، و«لا يتوى» لا يثبت كون الآمر هو المسؤول، فهو استدلال على الموضوع بالحكم.

وعلى الثانى بما فى المستمسك بأنه قد يكونان معاً مغرورين من سبب خارجى، ولازمه ضياع عمل العامل حينئذ، وهو كما ترى، فالدليل أخص من الدعوى.

ويرد على الأول: إنه حق عرفى فيشـمله «لا يتوى»، فإن من أمر غيره بالعمل فقـد جعل ذلك الغير ذا حق على نفسه، فليس ذلك من باب أن الحكم كفل موضوعه.

ولذا استدل له فى المسالك وغيره بأن الغاصب هو الذى استدعاه إلى العمل، فيكون العمل مضموناً عليه بالاستيفاء، وليس المراد بالاستيفاء الخارجى منه، إذ قد لا يثمر البسـتان ــ فيما إذا لم يقصد العامل التبرع إذا كان العقد باطلاً، إذ قد سبق أنه يستحق وإن كان إذا كان العقد صحيحاً لا يستحق شيئاً ــ بل استيفاء العمل، أى هدره بأمره.

إذا كان جاهلاً بالحال، إلّا إذا كان مدعياً عدم الغصبيه، وأنها كانت للمساقى، إذ حينئذ

وعلى الثانى: أولاًـ إن الإشكال أخص من دعوى الجواهر، نعم إن تم ما ذكره المستمسک كان دليل الجواهر أيضاً أخص من مدعاه.

وثانياً: إذا غر إنسان إنساناً كان على الغار الضمان، وإن كان الغار أيضاً مغروراً فى نفسه، كما إذا أعطى زيد مال عمرو لبكر بعنوان أنه مال زيد بعنوان أنه أباحه له، فأعطاه بكر لخالد بعنوان الإباحه فأتلفه، فإنه إذا رجع مالكه إلى المتلف حق للمتلف أن يرجع إلى بكر، وإن كان بكر أيضاً مغروراً لإطلاق المغرور يرجع إلى من غره.

{إذا كان} العامل {جاهلاًـ بالحال} وأن ما أعطاه المساقى من الأصول غصب، إذ لو كان العامل عالماً بأنه غصب لم يحق له التصرف فيه، ولم يكن مغروراً من قبل الغاصب حتى يرجع إليه، لأن العامل بنفسه أهدر عمل نفسه، كما تقدم فى بعض الأمثله السابقه من عمل الحمال بدون أمر صاحب الحمل.

نعم على ما اخترناه من أن الثمر حاصل العمل والأصل، كان للغاصب الحصه، لأنها ثمر عمل نفسه، ولا وجه أن يكون لغيره، كما إذا فعل الغاصب فى مال المغصوب ما أوجب زيادته، فإن الزياده لا وجه لأن تكون للمغصوب منه، فإن خروج نتيجه عمل الإنسان عن ملكيته إلى ملكيه غيره بحاجه إلى الدليل، ولا دليل على ذلک فى المقام.

{إلا إذا كان} العامل {مدعياً عدم الغصبيه، وأنها كانت للمساقى، إذ حينئذ

ليس له الرجوع عليه لاعترافه بصحه المعامله وأن المدعى أخذ الثمره منه ظلماً، هذا إذا كانت الثمره باقيه، وأما لو اقتسماها وتلفت عندهما، فالأقوى أن للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب والعامل

ليس له} للعامل {الرجوع عليه} على الغاصب {لاعترافه بصحه المعامله} كما فى المسالك وغيره {وأن المدعى أخذ الثمره منه ظلماً} فيكون الحال كما إذا كان المساقى مالكاً واقعاً وقد أخذ ظالم الثمر، حيث ليس للعامل الرجوع على المساقى، فإن الظالم هو الضامن لحصه العامل لا المساقى.

نعم، على الغاصب الضمان فى مفروض المتن، لأن جهل العامل بكون المساقى غاصباً لا يغير الواقع، وأن الغاصب غر العامل فعليه ضمانه، إذ ليس معنى المغرور يرجع إلى من غره الحكايه، بل التكليف والوضع كما لا يخفى.

و {هذا} الذى ذكرناه من أخذ المالك تمام الثمر وللعامل الرجوع إلى الغاصب لو كان جاهلاً إنما هو فى ما {إذا كانت الثمره باقيه، وأما لو اقتسماها} الغاصب وعامله {وتلفت عندهما} أو تلفت عندهما قبل القسمه، إذ اليد يد ضمان فالتلف يوجب الضمان.

{فالأقوى أن للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب والعامل} كما اختاره العلامه وجمله من المتأخرين، وذلك لأن كليهما قد وضع يده عليه، فيشمله دليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ولا يخفى أن أخذه لكل الثمر مبنى على ما ذكروا من أن الثمر لصاحب الأصل.

ص:٣٠٢

بتمامه وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته، فعلى الأخير لا إشكال، وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته

أما على ما ذكرنا، فإن للمالك الرجوع إلى ما عدا حق العامل، حيث تقدم أن الثمر نتاج العمل والأصل ولكل حقه، ولا اعتبار لملاحظه المالك الحصه المقرره للعامل لأنها باطله، بل الحق الطبيعى له زاد عن الحصه أو نقص.

وكيف كان، فعلى مبناهم للمالك أن يرجع إلى أيهما شاء {بتمامه} لأن المقام مثل الأيادى المتعاقبه مما يشمل كلًا منهما دليل اليد {وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته} لأنه متلف لها، ولأنه إذا جاز الرجوع فى الكل جاز الرجوع فى البعض.

ومنه يعلم جواز رجوعه إلى كل منهما بقدر ما يشاء من الثمر، مثل ما إذا كان كل منهما أخذ نصفه، يرجع إلى أحدهما بالثلث وإلى الآخر بالثلثين وهكذا، لما عرفت من دليل اليد الشامل لكل منهما.

{فعلى الأخير} من رجوعه إلى كل منهما بما أتلف من حصته {لا إشكال} فى أنه لا يرجع أحدهما على الآخر بشىء، لأن كل واحد أتلف شيئاً من مال المالك، وقد رجع المالك إليه بما أتلف فلا وجه لأن يرجع إلى غيره.

{وإن رجع} المالك {على أحدهما بتمامه} أو بأزيد من ما أتلف {رجع على الآخر بمقدار حصته} لأن استقرار الضمان بالنسبه إلى النصف وما أشبه على من أتلف، ودليل «من أتلف» حاكم على دليل «على اليد»، لكن إذا كان العامل جاهلاً ـ وأعطاه المساقى الحصه باعتبار أنه له وأتلفها العامل ورجع المالك على الغاصب بالكل، يشكل رجوع الغاصب على العامل بالحصه التى أعطاها للمالك

إلا إذا اعترف بصحه العقد وبطلان دعوى المدعى للغصبيه، لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلماً

إذ الغاصب بنفسه سلم الحصه، وقد غر بذلك العامل فلا رجوع عليه، إذ المغرور يرجع إلى الغار لا العكس.

{إلا إذا اعترف} من أخذ المالك منه الكل {بصحه العقد وبطلان دعوى المدعى للغصبيه} فإنه لا يرجع إلى الآخر بما تلف فى يد الآخر من الحصه، من غير فرق بين كون المعترف بالصحه المساقى أو العامل.

{لأنه} أى مدعى الصحه {حينئذ معترف بأنه غرمه ظلماً} لأن ما أخذه منه كان ملكاً له، فلماذا يرجع إليه، حاله حال ما إذا لم يكن الأصل غصباً وجاء ظالم وأخذ تمام الثمر من أحدهما، فإنه لا حق للمأخوذ منه أن يأخذ شيئاً من الآخر، إذ الظلم توجه إلى المغصوب منه فلماذا يرجع بعض الظلم إلى غيره، وكون داعى الظالم الطرف الآخر لا يجعل الضمان على الطرف الآخر، كما إذا جاء الظالم وأخذ من الصانع ضريبه على مال المالك، فإنه إذا أعطاه من كيسه لم يكن له أن يرجع إلى المالك.

وكيف كان، فقد عرفت أن للمالك الرجوع إلى كل واحد منهما بالنصف أو بالتمام، بل بأكثر من النصف على أحدهما وبالبقيه على الآخر.

وفى المسأله قولان آخران:

الأول: ما عن ظاهر الإرشاد، من أنه ليس للمالك الرجوع على المساقى أو العامل بتمام الثمره، وإنما له الرجوع على كل منهما بحصته لا غير، ولعل وجهه أن كل واحد أتلف بعض الثمره، فهو الضامن له بدليل «من أتلف مال

وقیـل: إن المالـک مخیر بین الرجوع علی کل منهما بمقـدار حصـته، وبین الرجوع علی الغاصب بالجمیع، فیرجع هو علی العامل بمقدار حصته، ولیس له الرجوع علی العامل بتمامه إلّا إذا کان عالماً بالحال، ولا وجه له بعد ثبوت یده علی الثمر،

الغیر فهو له ضامن»، فلا وجه للرجوع إلی غیره، ودلیل «علی الیـد» لا یشـمل المقام، لعـدم اسـتقلال یـد أحدهما علی کل الثمره، لکن فیه: إن کلیهمـا له یـد علی کـل الثمره، ولاـ منافاه بین دلیل «علی الیـد» ودلیل «من أتلف»، أما ما تقـدم من حکومه «أتلف» علی «الید» فقد کان ذلک فی استقرار الضمان.

{وقیل:} والقائل الفاضلان وغیرهما، وهذا هو القول الثانی من القولین الآخرین.

{إن المالـک مخیر بین الرجوع علی کل منهما بمقـدار حصـته، وبین الرجوع علی الغاصب بالجمیع} ولا حق له فی الرجوع علی العامل بالجمیع {فــ} إذا رجع علی الغاصب بالجمیع {یرجع هو علی العامل بمقدار حصته} لقرار الضمان علیه بالتلف.

{و} إنمـا کـان له الرجوع لمـا تقـدم، ووجه أنه {لیس الرجوع علی العامل بتمامه} لأن یـد العامل کانت بالنیابه عن المساقی فلا تسـتوجب الضـمان، ودلیل «علی الیـد» منصـرف عن یـد النائب {إلا إذا کان عالماً بالحال} وکأنه لعدم انصـراف «علی الید» عن العامـل العـالم بخلاـف ما إذا کان جاهلًا فإنه منصـرف عنه {ولا وجه له} إذ الانصـراف سواء قیل به فی مطلق النائب، أو النائب الجاهل ممنوع {بعد ثبوت یده} أی ید العامل {علی الثمر} کله.

ص:۳۰۵

بل العين أيضاً

{بل العين أيضاً} حيث إن الأصول كلها كانت تحت يد العامل من غير فرق بين استقلاله واشتراكه باليد مع المالك.

ثم لا يخفى أنه يكفى فى ضمان الغاصب للكل كونه تحت سلطته وإن لم يكن تحت يده، إذ دليل «على اليد» شامل لكل أنواع السلطه، وكذلك إذا كان المساقى والعامل كلاهما فى البستان كان تحت يد كليهما، لا أن نصفه تحت يد هذا ونصفه تحت ذاك، لصدق استيلائهما على كل أجزاء البستان.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام المستمسك قال: (يمكن فرض المسأله تارةً باستقلال يد كل منهما، وأخرى بعدم استقلال يد أحدهما بأن تكون الثمره فى يدهما معاً، وثالثةً باستقلال يد المساقى دون العامل بل تكون يد العامل على وجه الاشتراك، ورابعةً بالعكس.

والحكم فى الأول: ما ذكره العلامه ومن تبعه ومنهم المصنف.

وفى الثانى: هو ما ذكره فى ظاهر الإرشاد.

وفى الثالث: يرجع المالك على المساقى بتمام الثمره، وليس له الرجوع على العامل إلّا بحصته لا غير.

وفى الرابع: بالعكس) انتهى.

نعم، إذا كان نصف البستان فى يد هذا ونصفه فى يد ذاك، بحيث لا مدخليه للآخر فيه، كان على كل واحد منهما نصفه، لكنه خلاف فرضهم.

فالأقوى ما ذكرنا لأن يـد كل منهما يـد ضـمان، وقرار الضـمان على من تلف فى يـده العين، ولو كان تلف الثمره بتمامها فى يد أحدهما كان قرار الضمان عليه، هذا ويحتمل فى أصل المسأله

وكيف كان {فالأقوى ما ذكرنا، لأن يـد كل منهما يـد ضـمان} فيشـمله دليل «اليد»[(1)] {وقرار الضـمان على من تلف فى يـده العين} لحكومه دليل «من أتلف»[(2)] على دليل «اليد» كما عرفت، وذلك لأن «من أتلف» يثبت الضمان على المتلف، أما «على اليـد» فلا يثبت إلا رده، أما كون الرد منه أو من غيره ممن أتلف فلا تعرض له بذاك، وكذلك الحال فى تعاقب الأيدى فى باب الغصب ونحوه، حيث إن القرار على من أتلف وإن كان الجميع ضامناً بحيث يتمكن المغصوب منه من الرجوع إلى أيهم شاء.

{ولو كان تلف الثمره بتمامها فى يـد أحـدهما كان قرار الضـمان عليه} وهكذا إذا كان تلف البعض، أو كان التلف بيد غاصـب من العامل، أو الغاصب من المالك.

{هذا} إذا كان من تلف فى يده غير مغرور، وإلاّ كان القرار على الغار كما تقدم.

{ويحتمل فى أصل المسأله} مسأله تعاقب الأيدى على الثمره التى ظهر

١- المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب١ من أبواب الوديعه ح١٢
٢- الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب١٠ من أبواب كتاب الشهادات ح١

کون قرار الضمان علی الغاصب مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله، ولا ینافیه ضمانه لأجره عمله فإنه محترم

أنها لغیر المتعاقدین {کون قرار الضمان علی الغاصب} وإن تلف الثمر کلًا أو بعضاً فی ید العامل {مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله} والمغرور یرجع إلی من غره، وحیث إن الغاصب غره کان علیه القرار.

وقد تقدم فی (الفذلکه) من کتاب المزارعه وجه رجوع المغرور إلی من غره، من النبوی المعمول به فی الفقه عند الخاصه والعامه مما یجعله حجه، ومن أحادیث تدلیس الزوجه المتضمنه لجواز الرجوع إلی المدلس معللًا فی بعضها بأنه غرّ وخدع، بل یمکن أن یستدل لذلک بالارتکاز العرفی، حیث إن الشارع لم یردع عنه، وذلک بمعونه «لا یتوی»((١))، وقاعده الضرر((٢)) وغیرهما، ولذا ادعی الإجماع علی القاعده المذکوره ولم یظهر من أحد مخالفته.

{و} إن قلت: کیف یضمن الغاصب الأجره وقرار الضمان، مع أن الحصه تلفت فی ید العامل، وهل یکون الغاصب ضامناً لعوضین، والحال أن العمل لیس له إلّا عوض واحد، وهکذا کیف یمکن أن یکون العامل استفاد من عمله أجره وحصه مع أن عمله إما أن یقابل بالأجره أو بالحصه لأنه عمل واحد.

قلت: {لا ینافیه} أی ما ذکرنا من کون القرار علی الغاصب {ضمانه} أی ضمان الغاصب {لأجره عمله} أی عمل العامل، وإنما لا ینافی {فإنه} عمله {محترم}

١- المستدرک: ج٣ ص٢١٥ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

٢- الکافی: ج۵ ص ٢٨٠ ح٢ التهذیب: ج٧ ص١۴۶ ح ۶۵١

وبعد فساد المعامله لا يكون الحصه عوضاً عنه فيستحقها، وإتلافه الحصه إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

والاحترام يقتضى أن يكون له عوض.

{وبعد فساد المعامله} لأن طرفها الغاصب لا المالك {لا يكون الحصه عوضاً عنه} أى عن عمل العامل {فيستحقها} أى الأجره.

{و} أما عدم ضمانه للحصه التى أتلفها فلأن {إتلافه الحصه إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له} لأن المغرور يرجع إلى من غره، فلم يستحق العامل عوضين لعمله، بل عوض واحد هو الأجره، وإنما لا يرجع إليه بالحصه لأن الغاصب غره.

وهذا هو الاحتمال الذى قواه السيد ابن العم وسكت عليه السيد الجمال، وإن أشكل عليه السيدان البروجردى والحكيم قال أولهما: (هذا الاحتمال ضعيف، فإنه لم يدخل على أن تكون الحصه له مجاناً، ولم يغره الغاصب بذلك، بل على كونها له بعوض عمله الذى خرج عن كونه عوضاً له، واستحق أجرته على الغاصب) انتهى.

وما ذكراه أقوى، لأن المورد ليس من موارد قاعده الغرور، فإن الغاصب لم يغره على مجانيه الحصه حتى لا يرجع إليه، بل جعلها له عوض عمله، فإذا أخذ عوض عمله لم تكن له الحصه، فللمالك أن يرجع إليه، وإذا رجع إلى الغاصب تمكن الغاصب من الرجوع إليه، ولذا قال المستمسك: (إن القاعده تختص بالخساره المضمونه، ولا تجرى فى الخساره المضمونه بالعوض التى أقدم عليها المغرور، ولذا لو اشترى من الفضولى عيناً جهلاً ثم أتلفها ولم يدفع

الثمن إلى البائع فرجع عليه المالك فى بدل المبيع لم يجز له الرجوع إلى البائع فى تدارك خساره ثمن المبيع الذى دفعه إلى المالك، لأن خساره الثمن كانت فى مقابل المبيع الذى أخذه وكان مقدماً على ضمانه به).

أقول: حيث قد سبق أن الساقى له الحصه لأنها نتاج عمله لم يأت فيه كل ما ذكر من الجانبين.

ص:٣١٠

مسأله ۳۱ لا یساقی العامل غیره

(مسأله ۳۱): لا یجوز للعامل فی المساقاه أن یساقی غیره مع اشتراط المباشره أو مع النهی عنه، وأما مع عدم الأمرین ففی جوازه مطلقاً کما فی الإجاره والمزارعه، وإن کان لا یجوز تسلیم الأصول إلی العامل الثانی إلّا بإذن المالک

(مسأله ۳۱): {لا یجوز للعامل فی المساقاه أن یساقی غیره مع اشتراط المباشره} فقد یشترط المالک أن لا یساقی غیره، وقد یشترط أن لا یجعل له نائباً بل یباشر العمل بنفسه، وعلی أی یلزم علی العامل الوفاء بالشرط.

{أو مع النهی عنه} إذ لا فرق فی الشرط أن یکون بصوره الإیجاب کالأول (اشتراط المباشره) أو السلب کالثانی (النهی عنه).

ثم قد تقدم هنا وفی المزارعه أنه قد یکون علی نحو المصب، أو القید، أو الشرط، ففی المصب والقید لا یمکن رفع الید، أما فی الشرط فله مع المخالفه الفسخ والبقاء، لمکان خیار الاشتراط.

{وأما مع عدم الأمرین ففی جوازه مطلقاً} کما حکی عن بعض أفاضل متأخری المتأخرین.

قال فی الجواهر: ولعله ظاهر المحکی عن الإسکافی.

{کما فی الإجاره والمزارعه} حیث یجوز أن یؤجر العین لآخر، وأن یزارع آخر {وإن کان لا یجوز تسلیم الأصول إلی العامل الثانی إلّا بإذن المالک} وذلک لأنه مال الغیر ولم یأذن المالک فی تسلیمه إلی الغیر، إلّا إذا کان مقتضی الإطلاق ذلک، کما فی الإجاره والمزارعه والمضاربه کذلک من باب أن الإذن فی الشیء إذن

أو لا يجوز مطلقاً وإن أذن المالك، أو لا يجوز إلّا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده

فى لوازمه عرفاً مما كان مرتكزاً فى العقد، إذ العقود تتبع القصود، ولعله تختلف الأعراف فى الأمكنه المتعدده والأزمنه، كما يختلف الأشخاص فى أمثال ذلك.

{أو لا يجوز مطلقاً وإن أذن المالك} كما هو ظاهر المشهور حيث أطلقوا عدم الجواز، وعلله فى الشرائع بأن المساقاه إنما تصح على أصل مملوك للمساقى بضميمه أنه حيث لا يملك العامل الأصول فلا حق له فى المساقاه، والإذن غير نافع بعد عدم كونه مساقاةً، فإن الإذن ليس مشرعاً بأن يجعل الإجاره رهناً والبيع صلحاً مثلًا، وكذلك ههنا.

وقال فى التذكره فى تعليله عدم الجواز: بأنه عامل فى المال بجزء من نمائه، فلم يجز أن يعامل غيره، إن فهم منه (من المالك) بضميمه أنه ليس العامل مالكاً.

نعم قال بعد ذلك: إنه إنما أذن له خاصه واستأمنه دون غيره، ومقتضى هذه العله جوازه إذا أذن له المالك، كما قال المصنف: {أو لا يجوز إلّا مع إذنه} وهو ظاهر المسالك، والمنسوب إلى المختلف أيضاً، وإن كان فى النسبه نظر.

وكيف كان، فوجهه أنه لا يحق له أن يعامل على مال غيره بعد عدم الإذن، فإذا أذن جاز.

{أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده} أما عدم الجواز قبل الظهور فلما تقدم، وأما بعده فلما أشار إليه المسالك، فإنه قال بعد تقريب المنع مطلقاً: وربما أشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمره وبقى فيها عمل يحصل

أقوال أقواها الأول، ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو فی الجمله بعد شمول العمومات من قوله تعالی: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و(تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)

به زیاده فیها، فإن المساقاه حینئذ جائزه والعامل یصیر شریکاً فیها.

وتبعه فی ذلک مفتاح الکرامه قال: (إنه یرد علی ما فی الشرائع ما إذا ظهرت الثمره وبقی فیها عمل یحصل به زیاده، لأن المساقاه علی الأصل لأجل نمائه).

{أقوال، أقواها الأول} لإطلاق الأدله بعد عدم صحه دلیل المنع، إذ لا وجه للزوم کون الأصول مملوکه إلّا الانصراف أو کونه مورد الروایات، والأول غیرتام والمورد لا یخصص.

{ولا دلیل علی القول بالمنع مطلقاً أو فی الجمله} کما فی التفصیلین {بعد شمول العمومات} وطریق إثباتها لکونها مساقاه أنها مساقاه عرفیه فیما ورد {من قوله تعالی:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1))، و)تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)((2))} یشملها علی عنوانها المساقاتی.

ومنه یظهر أن قول المستمسک: (العمومات لا تثبت المساقاه، وإنما تثبت صحه العقد وترتب مضمونه) غیر ظاهر الوجه، ولذا سکت علی المتن السیدان ابن العم والجمال، وجمله من المعلقین.

وإن أشکل علیه السید البروجردی قائلاً: (لا یجوز له مساقاه الغیر علی أن یکون الغیر عاملاً له، وهو عاملاً لمالک الأصول وهو مراد القوم فی هذا الخلاف) انتهی.

١- سوره المائده: الآیه ١

٢- سوره النساء: الآیه ٢٩

وكونهـا على خلاف الأصل فاللازم الاقتصار على القـدر المعلوم ممنوع بعـد شـمولها، ودعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى أو كان وكيلاً عن المالك أو ولياً عليه، كما ترى إذ هو أول الدعوى.

أمـا مسـأله الإذن، فاللازم أن يقال: إنه تابع لإجازه المالك عنـد العقـد ولو ارتكازاً، أو بعـده، ولـذا قال السـيد الحكيم: (إطلاق المساقاه اقتضـى جواز أخـذ الأجير للعمل، لأن الإذن فى الشـيء إذن فى لوازمه، ولأجل ذلك يضـعف القول بالتفصـيل بين إذن المالك وعدمه) انتهى.

فإنه إذا لم يكن الإذن هنا إذناً فى اللوازم لم يصح.

{وكونهـا على خلاـف الأصـل} إذ الأصـل عـدم الانعقـاد {فاللازم الاقتصار على القـدر المعلوم} كما أشار إليه الجواهر من أن العمومات المذكوره تختص بالعقود المعهوده فلا تشمل غيرها فلا تصلح الآيتان لإثبات مثل هذه المساقاه.

{ممنوع بعد شمولها} لا بعنوان معامله جديده، بل بعنوان المساقاه بالتقريب المتقدم، {ودعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى} كما تقـدم فى عباره الشـرائع {أو كان} المساقى {وكيلاً عن المالك} فيكون العامل جعل المساقاه للمالك لا لنفسـه {أو وليـاً عليه} كمـا فى مساقـاه الأـب والحـد وولى اليتيم، وليس المقـام أى الثلاـثه، لاـ له الأصل ولا هو وكيله ولا هو ولى فلا تصـح، {كما ترى} بعـد الإطلاق {إذ هو أول الدعوى} فمن أين هذه القيود بعد المناط فى الأدله الخاصه بالمساقاه والعمومات الشامله لما نحن فيه بالتقريب المتقدم.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال: (الأدله الخاصه

لا تشـمل المقام، والأدله العامه لا تصـلح لتشـريع مثل ذلك، فالمناط فى الأدله الخاصه، وشـمول الأدله العامه لكل عقد عرفى ــ بضميمه أنه مساقاه عرفيه ــ دليلان على الصحه).

ومما تقدم يظهر جواز ترامى المساقاه، كما يظهر أنه لو لم نجوز المساقاه باعتبار أن المالك لا يأذن فى تسليم البستان إلى العامل الثانى ــ والإذن معتبر ــ يكفى فى جوازها إذا كان العامل الأول يباشـر أمور داخل البسـتان، ولو بأجره من العامل الثانى، والعامل الثـانى يباشـر غير ذلـك مثـل حفر البئر وإجراء الماء من خارج البسـتان وتجفيف الثمر وتسويقه وغير ذلك، لأن ذلك لا يحتاج إلى الإذن، فيما إذا لم يكن منع عنه بالنسبه إلى حصته فى التجفيف والتسويق، والله سبحانه العالم.

ص:٣١٥

مسأله ۳۲ خراج السلطان على المالك

(مسأله ۳۲): خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك، لأنه إنما يؤخذ على الأرض التى هى للمسلمين لا الغرس الذى هو للمالك، وإن أخذ على الغرس فبملاحظه الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك فهو على المالك مطلقاً

(مسأله ۳۲): {خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك} كما هو المشهور بينهم شهره عظيمه {لأنه إنما يؤخذ على الأرض التى هى للمسلمين} والأرض للمالك، ولا يهم السلطان بعد ذلك أن غرس فيها أشجاراً أو زرع فيها زرعاً {لا الغرس الذى هو للمالك} أى ليس باعتبار الغرس حتى يقال: إن أخذه للغرس باعتبار ثمره، فإذا كان كذلك لزم إعطاء كل من له الثمر بنسبه حقه.

{و} لو فرض {أن أخذ على الغرس} لا على الأرض {فبملاحظه الأرض} لا بملاحظه الثمر {ومع قطع النظر عن ذلك} وأنه لماذا يؤخذ {أيضاً كذلك} الخراج على المالك، لأن العامل يعمل فى قبال حصه له، فإذا كان عليه بعض الخراج لم يكن له تمام الحصه، مع وضوح أن له تمام الحصه.

{فهو على المالك مطلقاً} سواء أخذ باعتبار الأرض أو الأصول أو الثمر لأن اعتبار الثمر داع لأخذه من المالك لا أنه عليه، وقد ورد فى بعض التواريخ أن الأرض كان يؤخذ منها باعتبار الكرم والنخل والزرع مختلفاً قدر الخراج، والمالك كان هو الطرف، لا العامل الذى ليس أكثر من الأجير يعمل لقاء أجر، لكن لابد وأن يقيد ذلك بالمتعارف المركوز فى ذهنهم لدى العقد، ولذا

إلا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

قال فی المستمسک: (لا يظهر له وجه إلّا أن السلطان قد جعله على المالک لا على غيره، ولو فرض أن السلطان قد جعله على العامل كان عليه أيضاً، كما أنه لو فرض أن الخراج كان بنحو المقاسمه بأن كان حصه من الثمره كان عليهما معاً) انتهى.

ومقتضى الموازين الاقتصاديه التی لا- إجحاف فيها أن يكون لكل من السلطان والمالک والعامل حصه بنسبه ملكهم للأرض والأصول والعمل، حيث إن الثمر نتيجه الثلاثه، فاللازم أن يجعل لكل بقدر حقه.

{إلا- إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما} بنسبه خاصه كالنصف أو الثلث والثلثين أو ما أشبه {بشرط العلم بمقداره} كما ذكره المسالک وغيره، واستدلوا له بأنه بدون العلم يجهل القدر فيكون غرراً.

أقول: جهل العامل ضار، أما جهل المالک فليس بضار، مثلاً يشترط حين المساقاه أن يكون خمسه أوساق على العامل، وإن لم يعلم المالک هل يؤخذ منه مائه وسق أو ثمانين مثلاً، وذلک لأنه لا دليل على لزوم علم المالک للأصول.

أما ما ذكره المستمسک من أنه لا دليل على قدح الجهاله فی مثل ذلک، وعموم نفی الغرر، غير ثابت، فقد تقدم جوابه، وأن الحديث أجمعوا على العمل به، فلا وجه لعدم الأخذ بمقتضاه.

مسأله ۳۳ العامل یملک الحصه بظهور الثمر

(مسأله ۳۳): مقتضی عقد المساقاه ملکیه العامل للحصه من الثمر من حین ظهوره، والظاهر عدم خلاف فیه إلّا من بعض العامه حیث قال: بعدم ملکیته له إلّا بالقسمه، قیاساً علی عامل القراض حیث أنه لا یملک الربح إلّا بعد الانضاض، وهو ممنوع علیه

(مسأله ۳۳): {مقتضی عقد المساقاه ملکیه العامل للحصه من الثمر من حین ظهوره} هذا مما لا ینبغی الإشکال فیه، وعلیه الشهره المحققه والإجماع المدعی، لکن ربما یقال: إن مقتضی القاعده الملکیه من قبل الظهور کما فی المزارعه من حین حصل فی البذر نمو سبب ارتفاع قیمته وإن لم یفرخ بعد، لأن العامل سبب لذلک، فإذا أعطی البذر أسبوعاً الماء فتغیرت قیمته من عشره إلی خمسه عشر فإن الخمسه الزائده نتیجه البذر والعمل فاللازم اشتراک المالک والعامل فیه.

وکذلک فی باب المساقاه حیث إن سقی الأصول شهراً مثلًا وإن لم یفرخ بعد، أهلّ الأصول للثمر، وهذا التأهیل له قیمه، فلماذا لم یکن منها للعامل شیء، إلّا إذا کان الشرط ارتکازاً عدم الملک إلّا من حین الظهور، لکن العقلاء یجعلون مثل هذا التأهیل لهما.

{و} کیف کان فـ_ {الظاهر عدم الخلاف فیه} من جهه الإیجاب وأنه یملک من حین الظهور {إلا من بعض العامه حیث قال: بعدم ملکیته له إلّا بالقسمه، قیاساً علی عامل القراض حیث} قال ذلک العامی {إنه} عامل القراض {لا یملک الربح} المقرر له من النسبه {إلاـ بعد الانضاض}، والجامع بین الأمرین أن کلیهما عامل لیس له إلّا العمل، بینما فی کلیهما مالک له رأس المال والأصول {وهو ممنوع علیه

ص:۳۱۸

حتی فی المقیس علیه، نعم لو اشترطا ذلک فی ضمن العقد لا یبعد صحته

حتی فی المقیس علیه} فمن أین لا یملک العامل فی المضاربه إلّا بعد القسمه، ولو لم یملک فلماذا یقسم المالک.

أما ما ذکره المستمسک من الفارق بینهما، بأن الربح وقایه لرأس المال فلا ربح إلّا بعد وصول رأس المال إلی المالک، ولا مجال لذلک فی المساقاه.

فیرد علیه: إن الأمر تابع للواقع، فلا یکون ذلک دلیلاً علی عدم الملک فیما لم تکن خساره، والعمده ما ذکرناه من أن الناتج فی البابین ثمره العمل والأصل فهو لهما، بالإضافه إلی أنه مقتضی العقد عند العقلاء فی البابین.

{نعم لو اشترطا ذلک} عدم ملکیه العامل إلاّ بالقسمه، و{فی ضمن العقد، لا یبعد صحته} لعموم «المؤمنون عند شروطهم»(1)، وهو شرط لیس مخالفاً للکتاب والسنه ولا لمقتضی العقد، خلافاً للسیدین البروجردی والحکیم، حیث أشکلا فی الحصه، قال ثانیهما: (ویشکل بأن ذلک لیس من الشرط فی ضمن العقد، بل هو تحدید لموضوع العقد، وحینئذ فتصحیحه یکون بعموم صحه العقد، لکنه لا یثبت عنوان المساقاه، إذ الأدله الخاصه بها لا تشمله).

أقول: إطلاق المساقاه یقتضی أن تکون الحصه للعامل من حین الظهور، فالشرط یتمکن أن یؤخر ذلک، ولذا سکت علی المتن السیدان ابن العم والجمال

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب۱۹ من أبواب المهور ح۴

ويتفرع على ما ذكرنا:

وغالب المعلقين.

وعلى مـا ذكرناه من أن الحصه للساقى تلقائياً، لأنه نتيجه عمله، لا يشـكل ذلك لأنه بالشـرط ـ الـذى هو كشـرط النتيجه ـ أخر الملكيه، وإن كان فى المسأله بعد تأمل.

{ويتفرع على ما ذكرنا} من كون ملكيه العامل بعد الظهور:

فروع

فروع

منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمه مع اشتراط مباشرته للعامل، فإن المعامله تبطل من حينه، والحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا.

{فروع}

{منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمه مع اشتراط مباشرته للعمل} وكان بعض العمل باقياً إذ لو انتهى كل العمل لا وجه للبطلان {فإن المعامله تبطل من حينه} لأنه لا يقدر على المباشره بالموت، ولا يمكن أخذ النائب عنه لاشتراط المباشره، {والحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا} من أن الملكيه من حين الظهور، فقد ملك العامل بعض الحصه بقدر عمله فينتقل ما ملك إلى وارثه، بخلاف ما إذا قيل بأن الانتقال إلى العامل يكون بالقسمه، فإنه حيث لم يتم العمل فلا قسمه فلا ملكيه للعامل حتى ينتقل إلى وارثه.

لكن لا يخفى أن انتقال بعض الحصه إلى العامل إنما هو إذا عقد عقد المساقاه ذات أجزاء بأن يكون كل بعض العمل في قبال بعض الحصه، ومع ذلك للمالك الفسخ لتبعض الصفقه.

ومنها: ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمه أو تقايلا.

ومنها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور.

أما إذا جعل مجموع العمل فى قبال مجموع الحصه كشف موت العامل عن بطلان المساقاه، لأن المفروض أن الحصه فى قبال مجموع العمل من حيث المجموع، ولا يكون ما ظهر من الثمر مقابلاً لما عمل إلى حين الموت، فإذا مات العامل كشف عن عدم المقابل للحصه فى الحقيقه، فيكون تمام الثمر للمالك وعليه أجره المثل لما عمل، لأنه كان عمله بأمر المالك، وقد استوفى العامل عمله، هذا على مبناهم، وأما على ما اخترناه من أن الثمر نتيجه العمل والأصول فيملك العامل بالنسبه مطلقاً.

{ومنها: ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط} بأن شرط الخيار لنفسه {أو الاشتراط} بأن شرط شيئاً فلم يف به الطرف مثلاً، ففسخ لأجل عدم الوفاء بشرطه {بعد الظهور وقبل القسمه أو تقايلا} حيث إن العامل يملك حصته بقدر عمله، بناءً على ملكيته للحصه بالظهور، ولا يملك بعض الحصه وإنما الأجره بناءً على أن ملكيته لها تكون بالقسمه، وقد تقدم بعض ما ينفع هنا أيضاً فى (منها) السابق.

ثم إن الفسخ والتقايل إنما يكون كذلك إذا كان من حينه، أما إذا كان من أصله لم يكن وجه لتملك العامل الحصه، على مبناهم.

{ومنها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور} كما إذا منع الجائر

ومنها: ما إذا أخرجت الأصول عن القابليه لإدراك الثمر ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر فى هذه الصور مشترك بين المالك والعامل وإن لم يكن بالغاً.

ومنها: فى مسأله الزكاه، فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته

عن العمل مطلقاً أو عمل العامل مثلًا، حيث يبطل العقد وللعامل حصته، بخلاف ما إذا قيل بأن ملك العامل للحصه يكون من حين القسمه.

لكن لا يخفى أنه لا إطلاق لكلام المصنف، فإنه إنما يتم إن لم يمكن استيجار الغير، أو كان المباشره قيداً أو مصباً أو كان شرطاً ولم يرفع المالك يده عن شرطه، وإلّا فيستأجر من يتم العمل، كما لا يخفى.

{ومنها: ما إذا أخرجت الأصول عن القابليه لإدراك الثمر ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك} مثل شده البرد أو الجراد المانع عن إدراك الثمر {بعد الظهور، فإن الثمر فى هذه الصوره مشترك بين المالك والعامل، وإن لم يكن بالغاً} لفرض أن الظهور يوجب الملك، أما إذا قيل بأن القسمه توجب الملك، فحيث لا بلوغ فلا قسمه فلا ملك للعامل على مبناهم كما عرفت، لكن يلزم أن يقيد المتن بما إذا لم يكن العقد مبنياً على بلوغ الثمر، كما ربما يبنى على ذلك.

أما إذا كان مبنياً كشف خروج الأصول عن القابليه عن بطلان العقد، فيلزم على المالك إعطاء الأجره للعامل، وقد تقدم بعض الكلام فى الأجره فلا داعى إلى تكراره.

{ومنها: فى مسأله الزكاه، فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته

النصـاب كمـا هو المشـهور لتحقق سـبب الوجوب وهو الملكيه له حين الانعقـاد أو بـدو الصـلاح على مـا ذكرنـا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمه، نعم خالف فى وجوب الزكاه عليه ابن زهره هنا وفى المزارعه، بدعوى

النصـاب} بناءً على ملكيه العامل للحصه بمجرد الظهور، خلافاً لما إذا قيل بأن الملكيه من حين القسـمه {كما هو المشـهور} من تعلـق الوجـوب {لتحقق سـبب الوجوب وهى الملكيه له} للشـىء المزكى {حين الانعقـاد أو بـدو الصـلاح على مـا ذكرنـا} تبعاً للمشـهور من الملكيه عند الظهور {بخلافه إذا قلنا بالتوقف} توقف ملك العامل للحصه {على القسـمه} فإنه حين تعلق الوجوب ملك للمالك فلا تتعلق الزكاه على العامل.

لكن لا يخفى أن ذلك إنما يفيد إذا كان العامل له نصف الثمر كله، لا نصف ما حصل عليه المالك مثلًا، فإنه على الأول تخرج كل الزكاه من كيس المالك، مثلاً أعطى البسـتان عشـره أوسق فيخرج المالك وسقين زكاةً ويعطى للعامل خمسه أوسق، نصف كل الثمر، ويبقى له ثلاثه أوساق.

أمـا إذا كـان العقـد على أن يكون للعامـل نصف مـا يبقى ملكـاً كمـا فى الثـانى، كان للعامل أربعه أوسق فقط، سواء قلنا بملكيه العامـل من حين الظهور، لأنه يخرج وسـقاً من خمسه أوساقه، أو قلنا بملكيته بعـد التقسـيم، لأن الوسـقين زكاه يعطيه المالك ثم يقسم ثمانيه أوساق نصفين فنصيب العامل أربعه أوساق على كل حال.

{نعم خالف فى وجوب الزكاه عليه ابن زهره هنا وفى المزارعه، بدعوى

ص:٣٢۴

أن ما يأخذه كالأجره، ولا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصه قد ملكت بعقد المعاوضه أو ما يشبه المعاوضه لا بطريق الأجره

أن ما يأخذه} العامل {كالأجره} قال: (إن الزكاه تجب على مالك البذر والنخل، وما يأخذه المزارع والمساقى كالأجره عن عمله، ولا خلاف أن الأجره لا تجب فيها الزكاه.

وكذا إن كان البذر للزارع، لأن ما يأخذه مالك الأرض كالأجره عن أرضه، فإن كان البذر منهما فالزكاه عن كل واحد منهما إذا بلغ مقدار سهمه النصاب) انتهى.

وقال فى المختلف: إن قول ابن زهره ليس بذلك البعيد من الصواب، نعم المشهور خلافه، كما نسبه إليهم جامع المقاصد والمسالك والكفايه على ما فى مفتاح الكرامه، وعن السرائر إن هذا مذهب أصحابنا بلاخلاف بينهم.

ولعل ابن زهره يرى أن استحقاق العامل أو المالك إنما يكون بعد بدو الصلاح حيث تعلقت الزكاه بالثمر قبل ذلك، فإن كان البذر للمالك تبعه النماء، وإن كان للعامل تبعه النماء، على مبناهم من أن الثمر تابع للأصل والبذر.

{ولكن لا يخفى ما فيه من الضعف} لا على ما ذكرناه من تبعيه الثمر لكل من البذر والعمل، بل حتى على مبنى المشهور {لأن الحصه قد ملكت بعقد المعاوضه أو ما يشبه المعاوضه} فالمعاوضه معناها إن أعطى المالك الحصه فى قبال أن يعطيه العامل العمل، وشبه المعاوضه معناه أن المالك أعطاه الحصه فى قبال أن يعمل، لأن العمل من العامل ليس شيئاً يعطى إلى المالك، {لا بطريق الأجره} إذ ليس العامل أجيراً عند المالك، لكن لا يخفى أن كون الحصه عوضاً

مع أن مطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب، وأما إذا كانت مملوكه قبله فتجب زكاتها كما فى المقام، وكما لو جعل مال الإجاره لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر،

ليس بأقرب من كونها أجره، بل أقربهما كونها أجره، فإن المالك يستأجر العامل فى العقود الأربعه بأن يعمل فى قبال الحصه، لكن ربما تسمى إجاره، وربما مزارعه ومساقاه، وربما مضاربه، بل وكذلك الجعاله، إلاّ أن فى كل مزيه، فإن هذه المعاملات من هذه الجهه أشبه بالإجاره منها بالبيع.

وإنما الإشكال على الغنيه ما ذكره بقوله: {مع أن مطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل} إطلاق أدله الزكاه يشمله.

نعم {إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب} لم تجب على العامل، لأن الوجوب صار فى ملك الغير والحال أنه ليس كذلك.

{وأما إذا كانت} الأجره {مملوكه قبل الوجوب، فتجب زكاتها كما فى المقام} حيث قد تقدم أن الثمر بالظهور يكون ملكاً للعامل.

{وكما لو جعل مال الإجاره لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره} وكذا إذا جعل مال الإجاره الثمر قبل ظهوره فإنه لا بأس به إذا لم يوجب الغرر، لأنه عمل عقلائى ولم يردع عنه الشارع، {فإنه يجب على المؤجر} نفسه، أى الأجير {زكاته إذا بلغ النصاب} لإطلاق أدلتها {فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر} أو انتقل إليه الثمر بسائر أنحاء الانتقال.

هذا وربما يقال بعدم وجوب الزكاه على العامل فى المقام، ويعلل بوجهين آخرين:

أحدهما: إنها إنما تجب بعد إخراج المؤن، والفرض كون العمل فى مقابل الحصه فهى من المؤن، وهو كما ترى

{هذا وربما يقال: بعدم وجوب الزكاه على العامل فى المقام، ويعلل بوجهين آخرين} غير ما تقدم عن ابن زهره من أن الحصه كالأجره ولا زكاه فى الأجره، وقد أشار إليهما الجواهر بقوله: (لعل ابن زهره لحظ عدم الوجوب فى الأجره عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلاّ بعد تمام العمل، والزكاه يعتبر فيها التمكن من التصرف فى المال المملوك، وأنه لحظ وجوبها بعد المؤنه والفرض كون العمل فى مقابلها فهو حينئذ مؤنته) انتهى.

{أحدهما: إنها إنما تجب بعد إخراج المؤن} فلا تجب الزكاه على المؤنه، سواء على المالك أو على من يأخذ المؤنه، مثلاً اكترى المالك الثيران بخمسه أوسق، وقد حصل على عشره أوسق، فإن الخمسه التى يعطيها فى قبال الثيران لا تجب زكاتها لا على المالك ولا على صاحب الثيران.

ومنه يعلم وجه النظر فى تعليق السيد الجمال بقوله: (لو صح ذلك فأقصى ما تقتضيه هو سقوط زكاتها عن المالك، ولا أثر له فى السقوط عن العامل) انتهى.

إذ فيه: إن المالك لا يزكيها لأنها مؤنه، والعامل لا يزكيها لأنها لم تتعلق بها الزكاه فى ملكه.

{والفرض كون العمل فى مقابل الحصه فهى من المؤن وهو كما ترى} إذ المؤنه لا يجب على المالك فيها الزكاه لا إشكال فيه، وإنما الكلام

وإلا لزم احتساب أجره عمل المالك والزارع لنفسه أيضاً، فلا نسلم أنها حيث كانت فى قبال العمل تعد من المؤن.

فى العامل فإنه إذا ملك ما يزكى فى قبال عمله، وقد تعلقت الزكاه به بعد أن انتقل إليه، شـمله دليل الزكاه، فلا وجه لعدم الزكاه فيه.

وقد أجاب المصنف عن الإشكال بجوابين نقضى وحلى:

فالأول: ما ذكره بقوله: {وإلا لزم احتساب أجره عمل المالك والزارع لنفسه أيضاً} من المؤنه، فلا زكاه فيهما أيضاً مع أنه ليس كذلك، وحيث بطل اللازم بطل الملزوم.

بيان ذلك: إنه لا فرق بين عمل العامل لنفسه أو لغيره، فإذا كان عمله لنفسه لا يرفع الزكاه عن الحاصل كان عمله للمالك أيضـاً لا يرفع الزكاه عن الحاصل.

والثانى: ما ذكره بقوله: {فلا نسلم أنها} أى الحصه {حيث كانت فى قبال العمل تعد من المؤن} وجه عدم التسليم أن المؤنه معناها ما يصرف، فلا تشمل المؤنه الحصه، بل تبقى الحصه داخله تحت عمومات أدله الزكاه.

وفى كلا وجهيه نظر.

إذ يرد على الأول: إن عمل الإنسان لنفسه لا يسمى مؤنه، بخلاف ما إذا لزم عليه أن يعطى شيئاً لغيره إزاء عمل ذلك الغير فإنه يسمى مؤنه، ولذا إذا قيل لإنسان يملك داراً كم صرفت فى هذه الدار، يقول ألفاً مثلًا، فيحسب أجره البناء والعمال وما أعطاه بدلاً من المصالح، ولا يحسب من ضمن ذلك عمل نفسه، فإذا كان عمل نفسه فى الدار، بوقوفه لمراقبه البنائين والعمال يسوى مائه، حيث إنه إذا استأجر إنساناً آخر للمراقبه أعطاه مائه، لم يقل ألفاً

الثاني: إنه يشترط في وجوب الزكاه التمكن من التصرف، وفي المقام وإن حصلت الملكيه للعامل بمجرد الظهور، إلاّ أنه لا يستحق التسلم إلاّ بعد تمام العمل، وفيه: مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف

ومائه، وما دل على إخراج المؤنه من الأصل، ثم الزكاه على الحاصل لا يشمل مثل عمل نفسه.

كما يرد على الثاني: إن عدم التسليم غير تام، فلماذا لا تشمل المؤنه الحصه، فإن المؤنه كل ما صرفه المالك حتى حصل على الشيء في يده الآن، وأي فرق بين أن يعطي للساقي ونحوه أجره نقديه، أو حصه من نفس الثمر، وبذلك تخرج الحصه من عمومات أدله الزكاه.

{الثاني: إنه يشترط في وجوب الزكاه التمكن من التصرف، وفي المقام} ليس للعامل التمكن من التصرف {وإن حصلت الملكيه للعامل بمجرد الظهور} للثمر، وإنما لا تلازم الملكيه التمكن من التصرف، لأن الحصه وإن صارت ملكاً له {إلا أنه لا يستحق التسلم إلاّ بعد تمام العمل} حين سقى الماء كاملاً وعمل كل شيء عليه حتى اقتطفت الثمره.

{وفيه مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف} وإنما لا نسلم ذلك أولاً لأن العامل متمكن من التصرف، كما في كل مال مشترك، حيث يتمكن مجموع الشركاء من التصرف، وإن لم يتمكن كل فرد منهم، وما دل على اشتراط التمكن من التصرف لا يشمل مثل عدم تمكن كل فرد فرد، كما لا يخفى

أن اشتراطه مختص بما يعتبر فى زكاته الحول كالنقدين والأنعام لا ـ فى الغلات، ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد

على من راجع دليله فى كتاب الزكاه، وهذا هو الذى أشار إليه المستمسك وقال: (لو بنى على اعتباره بالنسبه إلى كل واحد من العامل والمالك كان اللازم عدم وجوب الزكاه على المالك أيضاً، لأنه لا يتمكن من التصرف فى الثمر بلا إذن العامل، ولا يجوز له طلب القسمه قبل تمام العمل، فحاله حال العامل، فإذا لم تجب على العامل زكاه حصته لعدم التمكن من التصرف فيها لم يجب على المالك الزكاه فى حصته أيضاً كذلك) انتهى.

ثم إنه ربما ينقض (عدم التمكن) فى المقام بأنه إذا منع الظالم تصرف صاحب بستانين من التصرف فى أحدهما، فإنه لا يكون مسلوب التصرف فى أحدهما الجامع بينهما، فتجب عليه الزكاه بالنسبه إلى أحدهما، وكذلك المقام، حيث إن مجموع الشركاء متمكنون، وإن لم يتمكن كل واحد منهم، لكن فيه الفرق بأن مالك البستانين يتمكن من التصرف فى أحدهما، وهنا كل من المالك والعامل لا يتمكن من التصرف فى حصته.

{إن اشتراطه مختص بما يعتبر فى زكاته الحول كالنقدين والأنعام لا فى الغلات} على ما تقدم منه فى كتاب الزكاه، وإن أشكل فيه بعدم الفرق بين الغلات وفيها فى اعتبار التمكن من التصرف فى وجوب الزكاه فيها.

{ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد

التمكن على الأقوى كما بين فى محله، ولا يخفى أن لازم كلام هـذا القائل عـدم وجوب زكاه هـذه الحصه على المالك أيضاً، كما اعترف به فلا يجب على العامل لما ذكر، ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

التمكن على الأقوى كما بين فى محله} فراجع المسأله فى السابعه عشره، والحاديه والأربعين من مسائل الختام من كتاب الزكاه.

{ولا يخفى أن لازم كلام هذا القائل}: لا زكاه على العامل لأنه غير قادر على التصرف، {عدم وجوب زكاه هذه الحصه} حصه العامل {على المالك أيضاً، كما اعترف به} القائل.

{فلا تجب} الزكاه {على العامل} فى حصه نفسه {لما ذكر} من عـدم تمكنه من التصرف، {ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه}، بـل قـد عرفت عـدم الزكـاه فى حصه المالـك أيضـاً، لأنهـا ليست ملكـاً للعامـل حتى تجب زكاتها عليه، ولا يتمكن المالك من التصرف فيها حتى تجب زكاتها عليه، وكـذا يأتى الكلام بعـدم وجوب الزكاه فى كل مال مشترك، وذلك واضـح الإشكال.

ص:٣٣١

مسأله ۳۴ لو اختلفا فی مقدار حصه العامل

(مسأله ۳۴): إذا اختلفا فی صدور العقد وعدمه، فالقول قول منکره، وکذا لو اختلفا فی اشتراط شیء علی أحدهما وعدمه، ولو اختلفا فی صحه العقد وعدمها قدم قول مدعی الصحه

(مسأله ۳۴): {إذا اختلفا فی صدور العقد وعدمه، فالقول قول منکره} لأصاله عدمه، وإذا اختلفا فی أن العقد الصادر کان حال بلوغهما وعقلهما وجواز تصرفهما، فالقول قول المثبت، لأصاله الصحه.

{وکذا لو اختلفا فی اشتراط شیء} فی ضمن العقد {علی أحدهما وعدمه} فالقول قول الثانی لأصاله العدم، ولو اختلفا فی أن الشرط الذی صدر قطعاً کان هذا أو ذاک، فإن کان بینهما جامع، الأصل مع نافی الزائد علی المتیقن، وإن لم یکن بینهما جامع فالقرعه أو قاعده العدل فی المالیات.

{ولو اختلفا فی صحه العقد وعدمها} من جهه غیر جهه کمال العاقدین، مثل هل کان إنشاءً، أو تقدم الإیجاب علی القبول عند مشترطه، أو ما أشبه ذلک {قدم قول مدعی الصحه} لأصاله الصحه، کما فصلها الشیخ المرتضی (رحمه الله) فی المکاسب.

ولو اختلفا فی أن العاقد کان هو المالک أو الفضولی، کان الأصل مع المالک أو ورثته النافی، ولا مجال لأصاله الصحه هنا، لأنه لم یعلم أنه (أمر أخیه) حتی یشمله «ضع أمر أخیک علی أحسنه»((۱)).

وکذلک فی اختلافهما فی أن العامل هل هو الذی کان طرف العقد، أو الفضولی عن قبله.

ولو اختلفا فی أن العقد هل کان علی هذا البستان أو علی ذاک، أو هل کان السقی فی الشتاء أو

۱- الوسائل: ج۸ ص۶۱۴ الباب۱۶۱ من أحکام العشره ح۳

ولو اختلفا فى قـدر حصه العامل قدم قول المالك المنكر للزياده، وكذا لو اختلفا فى المده، ولو اختلفا فى قدر الحاصل قدم قول العامل، وكذا لو ادعى المالك عليه سرقةً أو إتلافاً أو خيانةً

فى الصيف كان المحل للقرعه.

{ولو اختلفا فى قـدر حصه العامل، قـدّم قول المالك المنكر للزياده} لأصاله عدم الزياده، لكن هذا على مبناهم فى أن الحاصـل للمالك أولاً وبالـذات، أما على ما نراه فإذا كان العامل يـدعى بقدر حقه والمالك ينفيه ويدعى أن الحصه أقل منه، فالقول قول العامل.

{وكذا لو أختلفا فى المده} بين الزياده كسنتين، والنقيصه كسنه، فالقول قول مدعى الأقل، لأصاله عدم الزياده.

أما إذا كان الاختلاف فى مثل الصـيف والشـتاء، فقد عرفت أنه مجال القرعه، لأنه لا أصل فى المقام ولا دليل سواها بعد شمولها للمقام.

{ولو اختلفا فى قدر الحاصل قدّم قول العامل} المدعى للأقل، لأنه أمين، ولأنه ذو يد، وليس على الأمين إلاّ اليمين.

ومنه يعلم أنه لو كان الحاصل بيـد المالك قدم قوله من باب أنه ذو يد، ولو كان يدهما عليه قدم قول العامل لأنه أمين، ولو كان بيد ثالث كان المعتبر أن يكون عن أيهما أو عن كليهما.

{وكذا لو ادعى المالك عليه سرقةً أو إتلافاً أو خيانةً} كان القول قول العامل، لأنه ذو يد وأمين.

ولو اتفقا على أنه أعطى ألف وسق، لكن قال أحدهما:

وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له، كما هو الظاهر، ولا يشترط فى سـماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه

من كل من الرمان والعنب، وقال الآخر: من أحد النوعين فقط، قدم قول العامل لأنه أمين كما تقدم، وقول المالك إن كان بيده لأنه ذو يد.

{وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له} فلأنه ليس على الأمين إلّا اليمين، ولو لم يكن أميناً له، مثل أن كان ساقياً وكان البستان مودعاً بيد غيره، فالظاهر أنه إذا فرط حتى أوجب التلف كان عليه الضمان، لأنه مشمول لـ «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»، لكن إذا ادعى عليه المالك ذلك كان عليه الإثبات.

أما قول المستمسک: (إذ لو لم يكن أميناً فلا أثر لتفريطه، فإنه لا يوجب الضمان حينئذ) فلم يعلم وجهه {كما هو الظاهر}.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا كان البستان بيدهما وادعى العامل على المالك أنه تلف الثمر بسببه.

{ولا يشترط فى سماع دعوى المالك} عند الحاكم، إذ بعض الدعاوى لا تسمع إطلاقاً، كما ذكرناه فى كتاب القضاء، وكذلك الحال فى دعوى العامل على المالك.

{تعيين مقدار ما يدعيه عليه} فالدعوى سواء كانت معلومه أو مجهوله إذا كانت ذات أثر تسمع، نعم إذا كانت مجهولةً لا أثر لها، كما إذا ادعى عند الحاكم أنه يطلب إنساناً ما فرساً مثلاً، لم تسمع.

بناءً على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهوله، خلافاً للعلامه فى التذكره فى المقام.

{بناءً على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهوله} وهذا هو الذى اختاره الأكثر، لإطلاق ما دل على سماع الدعوى، فلو ادعى أنه يطلب زيداً فرساً، أو شاهً، أو مقداراً من المال لا يعلم قدره سمع منه، فإذا ثبت عليه أعملت القواعد فى خصوصياته، كما ذكرناه فى كتاب القضاء.

بل أحياناً تسمع وإن كانت غارقه فى المجهوليه، كما إذا ادعت المرأه أنها تزوجها رجل، أو ادعى أنه قتل ولده إنسان ما، حيث يطلقها الحاكم فى الأول، ويعطيه الديه من بيت المال، كما أودى على (عليه السلام) قتيله الزحام فى البصره، إلى غير ذلك من الأمثله.

{خلافاً للعلامه فى التذكره فى المقام} قال: (فإن ادعى المالك عليه خيانهً أو سرقهً فى الثمار أو السعف أو الأغصان أو أتلف أو فرط بتلف لم تسمع دعواه حتى يحررها، فإذا حررها وبين قدر ما خان فيه وأنكر العامل وجب على مالك البينه) انتهى، وقد تبعه على ذلك جماعه، والأصل ما ذكروه فى كتاب القضاء فراجع.

ولو قال: سرق أحد الساقيين، كان له حلف عليهما، كما لو قال: سرق أحد المالكين.

وكذا لو قال المالك: إنه سرق إما من التمر أو العنب، ولو قال: سرق عشره أوساق، وظهر أنه سرق خمسه كان عليه فى الخمسه الباقيه البينه، وإلاّ فالأصل مع السارق.

وفى المقام فروع كثيره يعرف أحكامها من كتاب القضاء.

مسأله ۳۵ إذا ثبتت الخيانه من العامل

(مسأله ۳۵): إذا ثبتت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها، هل له رفع يد العامل على الثمره أو لا، قولان، أقواهما العدم لأنه مسلط على ماله، وحيث إن المالک أيضاً مسلط على حصته، فله أن يستأجر أميناً يضمه مع العامل، والأجره عليه لأن ذلک لمصلحته

(مسأله ۳۵): {إذا ثبتت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها} من أدله الإثبات كالإقرار {هل له رفع يد العامل على الثمره أو لا، قولان} الفاضلان وغيرهما ذكروا عدم رفع اليد، وفي الجواهر أن احتمال رفع يده لم أجد قولاً لأحد من أصحابنا، بل ولا لغيرهم، لكن حكى مفتاح الكرامه عن المبسوط قال: قيل يكترى من يكون معه لحفظ الثمره منه، وقيل ينتزع من يده ويكترى من يقوم مقامه ولم يرجع.

{أقواهما العدم، لأنه} العامل {مسلط على ماله، وحيث إن المالک أيضاً مسلط على حصته، فله أن يستأجر أميناً يضمه مع العامل} وذلک لأن الحاكم موضوع لحفظ أموال الناس وأعراضهم ودمائهم ورفع النزاع بينهم، وحيث إن ذلک لا يمكن إلّا بالأمين المستأجَر ــ بالفتح ــ كان عليه ذلک.

هذا لكن يمكن أن يكون المخرج بتسليط المالک إذا أراد ذلک، ورفع يد العامل أو ضمه معه، والحاصل للحاكم الأخذ بأحد الأطراف مع التساوي، وترجيح ما هو ذو ترجيح مع المرجح.

أما قوله: {والأجره عليه} أي على المالک {لأن ذلک لمصلحته} تبعاً لما ذكره القواعد، ونقله مفتاح الكرامه عن المحققين والإيضاح والمسالک وغيرهم.

فيرد عليه أولاً: إنه الضرر على المالک توجه إليه من هذه المساقاه فله

ومع عدم كفايته فى حفظ حصته جاز رفع يد العامل واستيجار من يحفظ الكل، والأجره على المالك أيضاً.

فسخها، كما ذكروا فى باب خيار الغبن أن «لا ضرر» يقتضى رفع اللزوم عن المعامله.

وثانياً: إن الضرر إنما كان سببه العامل، فاللازم أن تكون الأجره عليه، فهو رجل مضار.

ومثله إذا ظهر أن أحد الشريكين خائن، أو أراد شخص التعدى بولد أو زوجه زيد مما أضطر الحافظ له بأجره، إلى غير ذلك من الأمثله، وكون الأمر لمصلحه المالك لا يسقط سببيه العامل.

{ومع عدم كفايته فى حفظ حصته جاز رفع يد العامل} كما فى القواعد والمسالك، لقاعده نفى الضرر((١)) المقدمه على قاعده السلطنه((٢))، حيث إنها قاعده أوليه فتقدم عليها القواعد الثانويه.

وبهذا تبين أن إشكال بعضهم فى رفع يد العامل للتعارض بين «لا ضرر» وقاعده السلطنه، غير ظاهر الوجه، بالإضافه إلى تأييد ما ذكرناه بقصه سمره، حيث إن «لا ضرر» المالك تقدم على قاعده سلطنه سمره.

{واستيجار من يحفظ الكل، والأجره على المالك أيضاً} قد عرفت دليل ذلك والإشكال عليه.

ثم إن القواعد قال: (ولو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه، ولو عجز بالكليه أقيم مقامه من يعمل عمله والأجره فى الموضعين عليه، و

١- الكافى: ج٥ ص٢٩٢ ح٨

٢- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣

ونقله فی مفتاح الکرامه عن التحریر وجامع المقاصد أیضاً، وقال: (إن الوجه فی الضم والإقامه واضح لتوقف العمل علیه، وفی کون الأجره علیه فیهما أن العمل الواجب علیه قد تعذر من قبله لضعفه أو لعجزه، فیجب علیه أن یستأجر من یختاره).

أقول: هذا إذا لم تکن المباشره مصباً أو قیداً، وإلاّ بطلت المساقاه، وإن کانت شرطاً فله رفع الید عن شرطه، وأن یتقید به فیفسخ لتخلف الشرط.

ثم إن الاستیجار هل هو عمل الحاکم ابتداءً، أو یفعله بنفسه فی عرضه، احتمالان، وقد تقدم الکلام فی ذلک فی بعض المسائل السابقه.

ص:۳۳۸

مسأله ۳۶ هل تصح المغارسه

(مسأله ۳۶): قالوا المغارسه باطله، وهی أن یدفع أرضاً إلی غیره لیغرس فیها علی أن یکون المغروس بینهما، سواء اشترط کون حصته من الأرض أیضاً للعامل أو لا، ووجه البطلان الأصل بعد کون ذلک علی خلاف القاعده

(مسأله ۳۶): {قالوا} وهم المشهور قدیماً وحدیثاً، بل عندنا کما فی محکی التذکره والمسالک، وإجماعاً کما عن جامع المقاصد، لکن عن ظاهر مجمع البرهان التوقف فی البطلان لو لا الإجماع لمکان العمومات، وکذا عن الکفایه والمفاتیح، بل عن الأخیر نسبه الصحه إلی القیل.

{المغارسه باطله، وهی أن یدفع أرضاً إلی غیره لیغرس فیها علی أن یکون المغروس بینهما} بالنصف والثلث ونحو ذلک، أو أن یکون المغروس رماناً وعنباً مثلاً، فالأول لأحدهما والثانی للآخر، أو لأحدهما نصف العنب وثلث الرمان والبقیه للآخر، إلی غیر ذلک.

{سواء اشترط کون حصته من الأرض أیضاً للعامل} فمقدار نصف الأرض التی فیها نصف أشجار العامل للعامل، أو أکثر من قدر حصته أو أقل، {أو لا} وإنما لا یصح الشرط لوضوح أن الشرط تابع للعقد، فإذا بطل العقد لم یکن للشرط مجال.

{ووجه البطلان الأصل} بعدم انعقاد مثل هذه المعامله {بعد کون ذلک علی خلاف القاعده} لأن عقود المعاوضات موقوفه علی إذن الشارع، وهی منتفیه هنا، کما فی المسالک.

أما الأول: فلأن الأحکام یجب أن تتلقی من الشارع، وإلاّ لم یصح عمل

بـل ادعى جماعه الإجماع عليه، نعم حكى عن الأردبيلى وصاحب الكفايه الإشـكال فيه، لإمكان اسـتفاده الصـحه من العمومات، وهو فى محله

عباده كان أو معامله أو غيرها،)قل الله أذن لكم أم على الله تفترون(فإن مقتضـى كون الإنسان عبـداً أنه لا يقـدر على شـىء إلّا بإذن المولى، كما دل عليه الكتاب والسنه والإجماع والعقل.

وأما الثاني: فلأنه لا دليل فى الشـرع على صـحه المغارسه فهى باطله {بل ادعى جماعه الإجماع عليه} كما تقدم، بل فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

{نعم حكى عن الأردبيلى} فى مجمع البرهان {وصاحب الكفايه الإشكال فيه}، وذلك {لإمكان استفاده الصحه من العمومات} وبـذلك يكون مأذونـاً من الشـارع {وهو فى محله} لأنـه لا مانع من شـمول: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((١))، و(تِجـارَةً عَنْ تَراضٍ)((٢))، ونحوهما للمغارسه.

وادعـاء انصـرافها إلى العقود المتعـارفه غير تـامه، إذ لا ـ وجه للانصـراف إلى المتعـارفه أولاً، وإلّا لقيل بـذلك فى كافه الكليات بالنسـبه إلى الأفراد المتجـدده، فهل يقال: بحرمه ركوب الطائره واسـتعمال النفط مثلًا لأنهما فردان متجـددان، بل بناء المدرسـه والمستشـفى لأنهمـا لـم يكونـا فى زمـن النبى (صـلى الله عليـه وآله وسـلم) والأـئمه (عليهم السـلام)، إلى غير ذلـك من ألـوف المصاديق المتجدده، بالإضافه إلى أن المغارسه متعارفه ثانياً.

١- سوره المائده: الآيه ١

٢- سوره النساء: الآيه ٢٩

إن لم يتحقق الإجماع، ثم على البطلان يكون الغرس

ثم إنه يمكن أن يستند القائل بالبطلان بالإجماع أو الغرر، وكلاهما فيه نظر.

إذ الإجماع أولاً: محتمل الاستناد. وثانياً: غير ظاهر المراد.

ولذا قال المستمسك: (لم يتضح أن مراد القائلين بالبطلان هو البطلان مطلقاً، بل من الجائز أن يكون مراد بعضهم بل أكثرهم البطلان بعنوان المساقاه، فلا تجرى عليها أحكامها، لا البطلان تعبداً مطلقاً) انتهى.

والغرر منتف، إذ العرف لا يرى غرراً، وقد تقدم غير مره أن الميزان فى الغرر العرف.

ومن ذلک يعرف عدم استقامه ما ذكره التذكره من فساد بعض المعاملات، مثل أن يدفع لغيره بهيمه ليعمل عليها والربح بينهما، قائلاً فى وجه الفساد: (لأن البهيمه يمكن إجارتها فلا حاجه إلى عقد آخر عليها يتضمن الغرر).

إذ يرد عليه: إنه لا ـ غرر، بالإضافه إلى أن الاستدلال المذكور غير ظاهر الوجه، ولعله (رحمه الله) أراد ذكر بعض الوجوه الاستحسانيه فى قبال القائلين بالقياس، بعد أن كانت فتواه البطلان لبعض ما لا يقبل العامه الاستدلال به من الروايات التى لها دلاله بنظره الشريف.

ومنه يعلم صحه أمثال ذلک، كما إذا دفع إليه دكانه ليكتسب فيه والربح بينهما، أو داره لينزل فيها الضيوف كذلک، أو أعطاه دابته ليرعاها ودرها وولدها وصوفها لهما، أو دجاجته وحمامه أو ما أشبه ليحفظهما ويكون البيض والفرخ والريش لهما، أو ما أشبه ذلک مما هو كثير.

{إن لم يتحقق الإجماع} وقد عرفت أنه لا إجماع فى المغارسه فكيف بغيره.

{ثم على البطلان يكون الغرس}

لصاحبه، فإن كان من مالک الأرض فعليه أجره عمل الغارس إن كان جاهلًا بالبطلان

لهما بالنسبه، لأنه نتيجه الأرض والعمل، كما تقدم غير مره.

أما قول المصنف: إنه {لصاحبه} كما ذكره غير واحد مستدلاً عليه بعدم ما يوجب خروجه عن ملكه بعد البناء على بطلان العقد، فيرد عليه: إن الملک حصل مشتركاً، لا لأحدهما، سواء كان الأصل لهذا أو لذاک.

{فإن كان من مالک الأرض فعليه أجره عمل الغارس} بناءً على كلامهم، لأن المالک هو الذى أمر، والأمر يوجب الأجره، لقاعده «لا يتوى» ونحوها، وإن لم يستوف المالک شيئاً، كما إذا جاء السيل وأذهب كل الأشجار أو نحو ذلک، فاستدلال المستمسک للأجره بأن العمل مضمون بالاستيفاء أخص من المدعى.

{إن كان} العامل {جاهلًا بالبطلان} إذ لو كان عالماً بالبطلان فقد أهدر عمله، كما تقدم فى بعض المسائل السابقه.

لكن قد سبق أن مقتضى القاعده القول بإطلاق الأجره، لأن العالم لم يهدر عمله، إذ لا تلازم بين بطلان معامله وبين هدر العمل، وحيث لم يهدر عمله كان له على الآمر الأجره سواء استوفى أو لا.

أما لو كان العمل حراماً وعلم المأمور بالحرمه لم يمكن له أجر، كما إذا أمره بقتل مسلم وعلم أنه حرام، فإنه لا أجره عليه لذلک، لأن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه((١)).

ص:٣٤٢

١- العوالى: ج٢ ص١١٠ ح٣٠١

وإن كان للعامل فعليه أجره الأرض للمالك مع جهله به، وله الإبقاء بالأجره

نعم إذا كـان الأمر مقيـداً بالصـحه الشـرعيه لم يكن للعامل أجره إذا لم تصـح شـرعاً، لأنه لا أمر، إذا لم يكن العامل مغروراً، ولم يكن استيفاء من المالك.

وعليه فاللازم على المالك الأجره بشـرط أن يكون أمر، أو غرور مسـتند إلى المالك، أو استيفاء، فالأول لقاعده «لا يتوى»((١))، والثانى لقاعـده «المغرور يرجع إلى من غره»((٢))، والثالث لقاعده أن نتيجه السـعى للساعى فاستيلاء الغير عليها يوجب بدلاً على ذلك الغير.

ولـذا إذا كان العمل حراماً، ولم يعلم العامل كان على الآمر الأجره، كما إذا أمره بقتل مسـلم بزعم أنه مهدور الدم فى مثل جلاد القاضـى، فقتله فظهر حقن دمه، فإن للجلاد أجرته من جهه قاعده الغرور الحاكمه على «إن الله إذا حرم شـيئاً حرم ثمنه»، ومثله لو وطأهـا زاعمه الحليه فإن لها عليه المهر، سواء كان الواطى عالماً بالحرمه أو جاهلاً، فلا يقال: حيث كان الوطى حراماً لم يكن لها مهر، إلى غير ذلك من الأمثله.

{وإن كـان} الغرس {للعامـل فـ_} على مبنـاهم {عليـه أجره الأرض للمالـك مـع جهلـه بـه}، قـد عرفت أنه لا_فرق بين العلم والجهل، ولذا أشكل على المتن الساده ابن العم والجمال والبروجردى، وقال المستمسك: وكذا مع علمه لأنه لم يأذن

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب من أبواب نوادر الشهادات ح٥

٢- الوسائل: ج١٢ ص٢۶۶ الباب١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح١٢

أو الأمر بقلع الغرس أو قلعه بنفسه

للعامل فی غرس شجره مجاناً، وإنما أذن له فی غرسه بعوض، فإذا فات العوض استحق الأجره شرعاً).

{وله الإبقاء بالأجره} لأنه أذن له فی جعل الغرس بالحصه، فلما فاتت الحصه أخذت الأجره مکانها، کما لو أعطی داره بالأجره الباطله، فإن الأجره الصحیحه تأخذ مکانها، فإن الأرض للمالک وله سلطه علیها فله مطالبه أجرتها.

{أو الأمر بقلع الغرس} لأن مقتضی سلطنته علی الأرض إخلاؤها من الغرس، وعلیه أرش النقصان کما یأتی {أو قلعه بنفسه} إن لم یقلعه العامل، وإنما قیدناه بذلک لأنه لا حق فی تصرف المالک فی غرس الغیر إلّا بإذنه، فإذا أمره بقلعه ولم یقلعه کان له أن یقلعه بنفسه لدلیل «لا ضرر»، فإن بقاء غرس الغیر فی أرضه ضرر علیه، کما فی قصه سمره(1)، فإن سلطنه المالک علی أرضه تعطی له الحق فی إخلاء أرضه من الغرس.

واحتمال أنه إذا استعد العامل لقلعه کان للمالک أیضاً ذلک، فهما فی عرض الآخر کما هو ظاهر عباره المصنف، لأن قاعده سلطنه العامل علی غرسه لا تجری إذا کانت موجبه للعدوان علی أرضه، لأنه کما لو أخذ السارق شیئاً ووضعه فی بیته، فإنه یحق لصاحب الشیء أن یدخل بیته لأخذ متاعه.

غیر تام، إذ لا وجه لسقوط سلطنه الغارس بعد أن یستعد هو للإزاله، فلا عدوان حتی یسقط سلطنته، وکذا نقول بالنسبه إلی السارق فإنه إذا استعد

۱- الکافی: ج۵ ص۲۹۲ ح۸

أن يرد السرقه بنفسه لا دليل على سقوط سلطنته على داره بمنع الغير عن دخولها، اللهم إلّا أن يقال بتعارض دليلى السلطنه، حيث تقول إحداهما: لا تدخل أرض الغير، وتقول الأخرى: لا تتصرف فى غرس الغير، فتتساقطان ويباح لكل منهما العمل على خلاف سلطنه الآخر، ويكون الأمر والقلع فى عرض الآخر، لا أن القلع فى طول الأمر، وكذلك فى مسأله السارق.

لا يقال: بالفرق بأن السارق معتد، وليس كذلك الغارس.

لأنه يقال: اعتداؤه السابق لا يوجب سقوط سلطنته على داره، فإنه الآن حيث رجع عن الاعتداء الأمر دائر بين دخول المسروق منه داره وبين تصرف السارق فى متاع المسروق منه، وحيث إن كليهما موجب لسقوط سلطنته ما لم يكن ترجيح فيكون الأمر بالتخيير، لأن شمول قاعده السلطنه لأحدهما ليس بأولى من شموله للآخر.

إن قلت: الظاهر من حديث سمره تقدم حق صاحب الأرض، لأن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يقل لسمره اذهب واقلع شجرتك.

قلت: كلا، حيث إن سمره ما كان يطيع فكان لابد من سقوط سلطنته، وليس الكلام إلّا فى مورد استعداده لتنفيذ الأمر.

أما الاستدلال لتقديم حق صاحب الأرض بما إذا أمر الحاكم الشرعى بجلب إنسان، حيث لا يحق له دخول دار ذلك الإنسان وإنما يناديه من خارجها، فإن لم يستجب حق له دخول داره، مما يدل على أنه إذا تعارض الحقان تقدم حق صاحب

وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهه القلع

الـدار ونحوهـا، ففيه إن ذلـك من جهه إمكـان الجمع بين الحقين، حـق الحـاكم فى جلبه، وسـلطنته على داره، فلاـ ينهتـك أى الحقين، والكلام فيما نحن فيه فيما ينهتك أحد الحقين ولا ترجيح.

ثم هل يرجـح ما إذا كان ضـرر أحدهما أكثر، بتقديم الضـرر الأقل، مثلاً فرشت فى الدار لبن رطبه فدخولها يوجب خرابها، بينما مالـك الـدار يعرف كيف يـدخلها بـدون خراب اللبن، لكن صـاحب المتـاع يعرف كيف يخرج المتـاع حـتى لاـ يتضـرر المتـاع بالخـدش بالحيطـان ونحوه، وخراب اللبن ضـرر عشـره على مالك الـدار وخـدش المتاع ضـرر خمسه على مالك المتاع، لا يبعد تقديم أقلهما ضـرراً، لأن «لا ضـرر» كما ينفى الأصل ينفى الزائد، فإن الضـرورات تقدر بقدرها، حاله حال ما إذا تعارض عسران حيث يقدم أقلهما، إلى غير ذلك من مسائل تعارض فردى دليل ثانوى أو فردى دليلين ثانويين.

نعم لو كان مثل السـرقه كان على السارق إعطاء ضـرر المسروق منه بخدش متاعه إذا سبب ذلك، أما إذا كان مثل أن كان لزيد متاع فى داره ثم وهب الـدار لزيـد والمتاع لعمرو وأخرج زيـد متاع عمرو، فيما كان الإخراج أقل ضـرراً، لم يسـتبعد عـدم تحمل زيد ضرر المتاع.

والمسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل، والله سبحانه العالم.

{وعليه أرش نقصـانه إن نقص من جهه القلع} لأنه سـبب ذلك، فيشـمله «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»((١))، فاللازم أن لا يتضرر أحدهما، فإما يبقى مع الأجره

١- الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١٠ ح١

ويظهر من جماعه أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً

للمالك، أو يقلع مع الأرش للغارس جمعاً بين الحقين، وليس بظالم فيما فعل، ليشمله قوله (عليه السلام) كما فى كتاب الغصب من الوسائل: «ليس لعرق ظالم حق».

لكن يلزم أن يقال: إنه إذا كان أحدهما مغروراً رجع إلى الغار له، فلا إطلاق فى الأجره والأرش، فهو كما إذا قال: ازرع فى هذه الأرض، وهو يعلم أنه ليس بأرضه، فجاء المالك وقلع الزرع، حيث إن الآمر ضامن للأرش من جهه أنه غر الغارس.

ثم إن القواعد قال: (ولو دفع قيمه الغرس ليملكه، أو الغارس قيمه الأرض ليملكها، لم يجبر الآخر عليه) انتهى.

وذهب إلى كل من الأمرين جماعه، لقاعده تسلط الناس على أموالهم، وأنه لا تكون المعامله إلّا بالتراضى.

وقال أيضاً: (ولو ساقاه على الشجر وزارعه على الأرض المتخلله بينها فى عقد واحد جاز، بأن يقول: ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض، أو عاملتك عليها بالنصف، ولو قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز، لأن زرع الأرض لم يجز له) انتهى.

لكن لو كان إعراض له عن الأرض، كما يغلب ذلك فى المساقين جاز له زرع الأرض، ويكون كله للزارع، كما فى العكس بأن زارعه على الأرض وكان فيها بعض الأشجار التى أعرض مالك الأرض عنها، كان للزارع سقيها وثمرها، وقد ذكرنا وجه خروج الملك بالإعراض فى بعض المباحث السابقه.

{ويظهر من جماعه} كالمحقق وغيره، قال فى مفتاح الكرامه: إن فى جامع المقاصد أنه تفاوت ما بين كونه قائماً بالأجره ومقلوعاً وهو خيره الروضه ومجمع البرهان، {أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً} وذلك غير الأرش، كما هو

ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع، ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل بأن انكسر مثلاً، بحيث لا يمكن غرسه فى مكان آخر، ولكن كلمات الآخرين لا يقبل هذا الحمل، بل هى صريحه فى ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع

واضح، فإذا كانت قيمته قائماً مائه ومقلوعاً ثمانين كان عليه عشرون، وهذا بخلاف الإرش فإنه عباره من النقص الحاصل فى الزرع بسبب الكسر ونحوه.

{ولا دليل عليه} لأصاله عدم ضمان المالك التفاوت المذكور، فلو لم يحدث فى الزرع المقلوع كسر لعيدانه ونحوه لم يكن عليه شيء {بعد كون المالك مستحقاً للقلع} لكن ربما يقال: إنه لا تلازم بين استحقاق المالك للقلع، وبين عدم ضمانه للتفاوت، إذ أنه ضامن من جهه أنه أذن فى الغرس، والإذن يستلزم ضمان الصفه الحاصله من نصب الغرس فى الأرض الفائته بقلعه، فليس الغرس من باب عرق ظالم، وهذا هو الذى رجحه المستمسك وبعض المعلقين، وإن كان المشهور منهم، ومنهم الساده البروجردى وابن العم والجمال وافقوا المصنف.

{ويمكن حمل كلام بعضهم} ممن ذكروا التفاوت {على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل} ذلك النقص {بأن انكسر مثلًا بحيث لا يمكن غرسه فى مكان آخر} أو أمكن غرسه لكن لا يعطى الثمر السابق، وما أشبه ذلك.

{ولكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل، بل هى صريحه فى ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع} بل قال فى المستمسك: إن الحمل الذى ذكره

حيث قـالوا مع ملاحظه أوصافه الحاليه من كونه فى معرض الإبقاء مع الأجره أو القلع، ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظه كون قلعه مشروطاً بالأرش لا مطلقاً

المصنف بعيد عن كلامهم وعن مبناهم.

{حيث قـالوا مع ملاـحظه أوصـافه الحاليه من كونه فى معرض الإبقاء مع الأجره أو القلع} فإن مثل هـذه العباره لا ترتبط بالأرش الذى هو التفاوت بين الصحيح والمتكسر والمستوى والممرود، مما يستلزم القلع.

{ومن الغريب} لـدى المصـنف {مـا عن المسالـك من ملاـحظه كون قلعه مشـروطاً بالأـرش لاـ مطلقـاً}، قـال: (والمراد بالأرش تفـاوت ما بين قيمته فى حالتيه على الوضع الـذى هو عليه وهو كونه باقياً بأجره ومسـتحقاً للقلع بالإرش وكونه مقلوعاً، لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ومقلوعاً، إذ لا حق له فى القيام كـذلك ليقوم بتلك الحاله، ولا تفـاوت مـا بين كونه قائمـاً بـأجره ومقلوعاً لما ذكرنا للأرش بالقلع من جمله أوصافه، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً مسـتحقاً للقلع ومقلوعاً لتخلف بعض أوصافه أيضاً كما بيناه، ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالأرش ومقلوعاً لتخلف وصف القيام بأجره.

وهذه الوجوه المنفيه ذهب إلى كل منها بعض، اختار الثانى منها الشـيخ على (رحمه الله)، والأخير فخر الدين فى بعض ما ينسـب إليه، والآـخران ذكرهمـا من لاـ يعتـد بقوله، والأـول مع سـلامته لا يخلو من دور، لأن معرفه الأرش فيه متوقفه على معرفته، حيث أخذ فى تحديده.

والظاهر أن القيمه لا تختلف باعتباره، وأن تقدير كذلك كتقديره مقلوعاً وقائماً

بأجره فلا يضر مثل هذا الدور) انتهى.

فالمسالك يرى أن المالك يقول له: تخير بين بقائه بأجره وبين قلعه بأرش، فالأول يثمر مائتين مثلاً وأجره الأرض حينئذ خمسون، مما يحصل عليه مائه وخمسون، والثانى قيمته مائه وأرشه عشرون، إذ قد تتساوى نتيجه الأمرين وقد تختلف.

وعليه فالزارع مخير بين الأمرين مما يحصل مائه وخمسين أو مائه وعشرين، لا أنه يستحق مائه فقط قيمه المقلوع، ولا أنه يستحق على المالك قيمه التفاوت بين قيامه مطلقاً بدون إعطائه الأجره، وبين المقلوع بدون الأرش، أى مائه على المالك كما فى المثال، بالإضافه إلى مائه قيمه المقلوع.

ولا تفاوت بين كونه قائماً بأجره ومقلوعاً بدون أرش، ولتوضيح ذلك وسائر الوجوه التى ذكرها المسالك نذكر المقارنه بهذه الصوره:

التفاوت بين

وبين

القائل

أ: البقاء بأجره والقلع بأرش

وكونه مقلوعاً

قال به المسالك

ب: قيمته قائماً

وكونه مقلوعاً

قال به بعضٌ لا يعتد بقوله

ج: كونه قائماً بأجره

وكونه مقلوعاً

قال به الشيخ على

د: كونه قائماً مستحقا للقلع

وكونه مقلوعاً

قال به بعض من لا يعتد بقوله

ه: كونه قائماً مستحقاً للقلع بالأرش

وكونه مقلوعاً

قال به فخر الدين

ص:٣٥٠

وقد أشكل المستمسک عليه بإشكالين فى كليهما نظر، قال: (ولا يخفى ما فيه من التهافت، فإن ما ذكره فى رفع إشكال الدور راجع إلى عدم اعتبار ملاحظه الأرش، وهو عين الوجه الثانى الذى نفاه ونسبه إلى الشيخ على، فما الذى دعا إلى نفيه أولاً والبناء عليه أخيراً.

ثم إن الدور لا يختص بما ذكره هو من الوجه الأول، بل يجرى فى الوجه الأخير الذى نسبه إلى الفخر لذكر الأرش فيه أيضاً، فإن كان ذكره موجباً للدور فالوجه الأخير كذلك، وإن كان الظاهر ارتفاع الدور بالاختلاف بالتفصيل والإجمال) انتهى.

إذ يرد على أولهما: إن المسالك يقول بكلا الأمرين، لا بالأجره فقط، كما قاله الشيخ على، وعدم اختلاف القيمه باعتباره غير عدم القول به.

وعلى ثانيهما: إن الوجه الذى قال به المسالك مما يراه صحيحاً أراد لرفع دوره، أما ما قاله الفخر فليس يراه صحيحاً حتى يرفع دوره.

نعم ما ذكره المستمسک أخيراً من أن رفع الدور بالإجمال والتفصيل، صحيح كما ذكروه فى باب التبادر وغيره من الأصول.

ثم إن المصنف لم يكن فى صدد ذكر الأقوال حتى يرد عليه إشكال المستمسک

ص:٣٥١

فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام

بقوله: (لا يظهر وجه لاستغراب ما في المسالك بخصوصه، لاشتراك الوجوه الخمسه المذكوره فيها المنسوبه إلى قائليها في ضمان الصفه الخاصه الحاصله بالنصف الزائله بالقلع على اختلافها في كيفيه التقديم) انتهى.

وعلى هذا فإذا فاتت صفه الغرس للغارس كانت مضمونه على صاحب الأرض بعد أن كان الغرس بإذنه بما لا يشمله قوله (عليه السلام): «ليس لعرق ظالم حق».

وعليه فإذا لم يكن لا ضرره معارضاً بلا ضرر المالك، تقدم على قاعده سلطنه المالك، وإن تعارض لا ضررهما تقدمت على لا ضرر الغارس ـ بعد تساقط الضررين ـ قاعده سلطنه المالك((١))، وقد تقدم بيان ذلك فيما سبق.

ثم إنه إذا قلع المالك أو قلع بأمره كان عليه تدارك الصفه، فيقوّم الشجر غير مستحق للبقاء، لأنه صفه الشجر الذي لا يستحق بقاءً في أرض الغير لا مجاناً ولا بأجره، بل بأرش، كما تقدم في كلام المصنف، لا كما ذكره المسالك من تقديمه باقياً بأجره، إذ ليس ذلك من صفه الشجر حال القلع، وأعطى المالك ذلك للغارس.

{فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته، فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣

التقویم مع أنه مستلزم للدور کما اعترف به، ثم إنه إن قلنا بالبطلان یمکن تصحیح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره أو المصالحه أو نحوهما مع مراعاه شرائطهما، کأن تکون الأصول مشترکه بینهما إما بشرائها بالشرکه أو بتملیک أحدهما للآخر نصفاً منها مثلاً

التقویم} کما عرفت وجه الغرابه فیه {مع أنه مستلزم للدور کما اعترف} المسالک {به} وقد تقدم رده.

{ثم إنه إن قلنا بالبطلان} ببطلان المغارسه بعنوان المساقاه أو مطلقاً علی ما ذکره المشهور کما تقدم {یمکن تصحیح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره} فیکون الغرس والأرض من المالک، ویستأجر العامل بنسبه من الثمار بدون نسبه من الأرض أو معها، أو یکون الغرس من العامل فیستأجر الأرض علی أن یغرس فیها غرسه، وتکون أجره أرض المالک نصف الثمر مع حصه من الغرس أو بدونها، مع ملاحظه سائر شرائط الإجاره فی کلا الطرفین.

{أو المصالحه} فإن الصلح جائز بین المسلمین وهو خیر وسید الأحکام {أو نحوهما} کالجعاله والشرط فی ضمن معامله لازمه.

{مع مراعاه شرائطهما کأن تکون الأصول مشترکه بینهما} هذا بیان لشرط المصالحه، لکنه غیر محتاج إلیه.

ولذا قال المستمسک: هذا لا حاجه إلیه فی إیقاع المصالحه، فیمکن أن یکون الغرس لصاحب الأرض فقط.

{إما بشرائها بالشرکه أو بتملیک أحدهما للآخر نصفاً منها مثلاً} أو ثلثاً

إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه مثلًا، أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا، أو يستأجره للغرس والسقى إلى زمان كذا بنصف منفعه الأرض مثلاً.

أو ما أشبه {إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه مثلًا} أو أقل أو أكثر من النصف {أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها بسقيه إلى زمان كذا} مما يرفع الغرر، فإن الغرر غير جائز حتى فى الصلح، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه مطلقاً، ومنه يعلم صحه الإطلاق إذا لم يكن غرراً.

{أو يستأجره للغرس والسقى إلى زمان كذا} لاشتراط الزمان فى الإجاره كما تقدم فى كتابها {بنصف منفعه الأرض مثلاً} أو نصف عينها أو أقل أو أكثر، وقد سبق صحه المغارسه معامله مستقله بعد شمول)أوفوا بالعقود(له، فلا حاجه إلى إدخالها فى العناوين المذكوره.

وبما تقدم يظهر أنه لم يعرف وجه لقول ابن العم: (على أن يستأجر، فيه منع)، فإنه إن أراد منع الاستيجار حتى مع توفر شرط الإجاره لم يكن له وجه، وإن أراد المنع بدون توفر شرائطها، فليس كلام المصنف فى ذلك.

ومما تقدم من المباحث السابقه ظهر حال ما إذا استأجره لأن يغرس البحر لازدياد الأسماك أو الطحالب أو ما أشبه، كما يتعارف الآن، فإنه يصح إجارةً ومصالحةً وجعالةً وعقداً مستقلاً مع وجود شرائطها فى الثلاثه، والشرائط العامه كعدم الغرر فى العقد المستقل.

ص:۳۵۴

مسأله ٣٧ لو لم يعلم كيفيه حصول المغارسه

(مسأله ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسه ولم يعلم كيفيتها وأنها على الوجه الصحيح أو الباطل بناءً على البطلان يحمل فعلهما على الصحه

(مسأله ٣٧): {إذا صدر من شخصين مغارسه ولم يعلم كيفيتها، وأنها على وجه الصحيح} بدخولها فى عنوان صحيح {أو الباطل بناءً على} المشهور من {البطلان} فى المغارسه {يحمل فعلهما على الصحه} لأصاله الصحه المعتمده عند العقلاء والمتشرعه، وهذا هو الذى أفتى به غالب المعلقين، ومنهم الساده ابن العم والحكيم والجمال، خلافاً لآخرين، ومنهم السيد البروجردى قال: (لا موقع لأصاله الصحه مع كون الأمر دائراً بين عنوانين أحدهما صحيح والآخر فاسد، نعم إذا كانا متصرفين فى المغروس بعنوان كونه لهما كانت اليد منهما أماره على ملكيتهما، وترتب آثار الصحه على كل منهما).

أقول: لم يظهر وجه التفصيل فى أصاله الصحه بعد إطلاق أدلته مثل: «ضع أمر أخيك على أحسنه».

وأى فرق بين أن يدعى أحدهما إجاره صحيحه والآخر إجاره فاسده أو مغارسه باطله، والقول بأن المستفاد من دليل أصاله الصحه وجود جامع، أول الكلام.

ثم ما استثناه بقوله: (نعم) لا يظهر وجهه، إذ ادعاؤه بأنه مغارسه إقرار من نفسه على البطلان، فأيه فائده فى تصرفه بعد هذا الإقرار، وعليه فالأقرب ما ذكره الماتن وغيره.

ثم إن القائل بالبطلان يلزم عليه ترتيب ما يتمكن من آثار البطلان على

تذنيب

إذا ماتا أو اختلفا فى الصحه والفساد.

تذنيب:

فى الكافى عن أبى عبد الله (عليه السلام): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها ولا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتاناً صغاراً يابسه

ما يدعيه إذا كان فى الواقع معتقداً بما يقول، إذ الحكم لا يغير الواقع كما ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره.

وعليه ف_ {إذا ماتا} بعد الاختلاف {أو اختلفا فى الصحه والفساد} وهما حيان فتكليف الوارث مثل تكليفهما فى البناء على الصحه بعد حكم الحاكم.

ثم إن كليهما لو قال إنه مغارسه، وإنما اختلفا فى الحكم اجتهاداً أو تقليداً، وهل هى باطله أو صحيحه، لا يتمكن القائل بالبطلان من إجراء آثار الصحه، إذ لا دليل على ذلك.

نعم إذا رجعا إلى الحاكم الشرعى وكان اجتهاده الصحه فقضى بذلك، كان على القائل بالبطلان التزام صحته، كما أنه إذا رجعا إلى من يرى بطلانه، كان على القائل بالصحه التزام بطلانه لمكان الحكم، كما ذكرنا تفصيل ذلك فى كتاب القضاء.

{تذنيب:

فى الكافى، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها ولا يتبعل بالنخل»} فى بعض نسخ الوسائل (حملها) و(يبتعل) بتقديم الباء على التاء، والمراد أن الثمر فيه قليل غير نافع، أو لا يعطى ثمراً كالمرأه غير ذات البعل حيث لا تلد {«فليأخذ حيتاناً صغاراً يابسه

فیدقها بین الدقین، ثم یذر فی کل طلعه منها قلیلاً ویصر الباقی فی صره نظیفه ثم یجعله فی قلب النخل ینفع بإذن الله تعالی».

وعن الصدوق فی کتاب العلل، بسنده عن عیسی بن جعفر العلوی، عن آبائه (علیهم السلام)، إن النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) قال: «مر أخی عیسی (علیه السلام) بمدینه فإذا فی ثمارها الدود فسألوا إلیه ما بهم، فقال (علیه السلام): دواء هذا معکم ولیس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار

فیدقها بین الدقین»} ما یدق فیه الشیء.

{«ثم یذر فی کل طلعه منها قلیلاً ویصر الباقی فی صره نظیفه ثم یجعله فی قلب النخل»} أی بین سعفات رأسه {«ینفع بإذن الله تعالی»([۱])} فی تکثیر الثمر وتحسینه.

والظاهر أنه لا یشترط حلیه تلک الأسماک، لکن لا یبعد أن یکون ذلک فائده السمک، لا کل حیوان البحر کالضفدع والسلحفاه وما أشبه، ووقت هذا العمل عند تأبیر النخل.

{وعن الصدوق فی کتاب العلل، بسنده عن عیسی بن جعفر العلوی، عن آبائه (علیهم السلام) أن النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) قال: «مر أخی عیسی (علیه السلام) بمدینه فإذا فی ثمارها الدود فسألوا إلیه»} عن دواء {«ما بهم، فقال (علیه السلام): دواء هذا معکم ولیس تعلمون»} ذلک {«أنتم قوم إذا غرستم الأشجار

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۹۸ الباب۶ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۱

صببتم التراب وليس هكذا يجب، بل ينبغی أن تصبوا الماء فی أصول الشجر ثم تصبوا التراب کی لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك».

وفی خبر عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «تقول إذا غرست أو زرعت: (مثلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُها ثابِتٌ وَ فَرْعُها فِی السَّماءِ تُؤْتی أُكُلَها كُلَّ حينٍ بِإِذْنِ رَبِّها)،

صببتم التراب»} على الفسيل بعد وضعه فی الحفره {«وليس هكذا يجب»} فی تحسين الثمر.

{«بل ينبغی أن تصبوا الماء فی أصول الشجر»} عند وضعه فی الحفره {«ثم تصبوا التراب کی لا يقع فيه الدود»} فإن الأثرين المذكورين وليد السببين كما يعرفه أهل البساتين {«فأستأنفوا»} فی المستقبل {«كما وصف (عليه السلام) فأذهب عنهم ذلك»([(1)](#)} الدود.

{وفی خبر عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «تقول إذا غرست أو زرعت: (مثلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُها ثابِتٌ وَفَرْعُها فِی السَّماءِ تُؤْتی أُكُلَها كُلَّ حينٍ بِإِذْنِ رَبِّها)»([(2)](#)} أی إن ذلك القول يوجب جوده الثمر وكثرته، كما يستفاد منه عرفاً.

ص:358

1- الوسائل: ج13 ص193 الباب2 من أبواب المزارعه والمساقاه ح1

2- الوسائل: ج13 ص197 الباب5 من أبواب المزارعه والمساقاه ح5

وفى خبر آخر: «إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقرأ على كل عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله تعالى».

{وفى خبر آخر} عن على بن محمد رفعه، قال (عليه السلام): {«إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقرأ على كل عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله تعالى»((۱))}.

ثم إنه يكره سخره المسلمين بدون الإحسان إليهم بما لا يكون كذلك مع الكفار، فإن)رحماء بينهم(يقتضى ذلك (والأشداء على الكفار(يعطى عدم البأس بالدقه معهم.

ولعله يشير إلى ذلك ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره، عن ابن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) أنه قال: «كان على (عليه السلام) يكتب إلى عماله: لا تسخروا المسلمين فتذلوهم، ومن سألكم غير الفريضه فقد اعتدى، ويوصى (عليه السلام) بالأكارين وهم الفلاحون»((۲)).

وإلى هنا انتهى ما قصدنا بيانه فى هذا الكتاب، نسأل الله سبحانه أن يوفقنا لإتمام (الفقه) ويجعله منهلاً للأحكام، وسبباً لتطبيق الإسلام، ويتقبله بقبول حسن.

ص:۳۵۹

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۹۷ الباب۵ من أبواب المزارعه والمساقاه ح۴

۲- المستدرك: ج۲ ص۵۰۲ الباب۱۷ من أبواب المزارعه ح۱. وفى الوسائل: ج۱۳ ص۲۱۶ الباب ۲۰ من أبواب المزارعه ح۱

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد الله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم المشرفه

١/محرم/١۴٠٢هـ

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

ص: ٣۶٠

المحتويات

المحتويات

ص:٣٦١

كتاب المزارعه

۷ _ ۱۴۳

مسأله ۸ _ لو غصب الأرض غاصب.. ۷

مسأله ۹ _ لا يجوز للزارع التعدى عما عينه المالك.. ۱۵

مسأله ۱۰ _ لو زارع على أرض لا ماء لها.. ۲۷

مسأله ۱۱ _ البذر من المالك أو الزارع.. ۳۱

مسأله ۱۲ _ المزارعه بين أكثر من اثنين.. ۳۸

مسأله ۱۳ _ يجوز للعامل مشاركه غيره... ۴۴

مسأله ۱۴ _ لو تبين بطلان عقد المزارعه... ۵۱

مسأله ۱۵ _ مقتضى وضع المزارعه.. ۶۰

مسأله ۱۶ _ لو حصل ما يوجب الانفساخ فى الأثناء.. ۶۵

مسأله ۱۷ _ لو حصل الفسخ فى الأثناء.. ۶۷

مسأله ۱۸ _ لو تبين أن الأرض كانت مغصوبه... ۷۶

مسأله ۱۹ _ خراج الأرض على صاحبها... ۸۵

مسأله ۲۰ _ يجوز لهما الخرص على الآخر... ۹۴

مسأله ۲۱ _ وجوب الزكاه على كليهما.. ۱۱۴

مسأله ۲۲ _ لو بقى فى الأرض أصل الزرع.. ۱۱۶

مسأله ۲۳ _ لو اختلفا فى المده.. ۱۲۰

مسأله ۲۴ _ لو اختلفا فى كون البذر على أيهما.. ۱۲۷

مسأله ۲۵ _ لو اختلفا فى الإجاره والمزارعه... ۱۲۹

مسأله ۲۶ _ لو اختلفا فى الغصب والمزارعه... ۱۳۷

مسأله ۲۷ _ إذا قلعه المالك فماذا يصنع بالزكاه... ۱۳۹

مسأله ۲۸ _ إعطاء الأرض الخراجيه للغير... ۱۴۱

مسائل متفرقه.. ۱۴۳

كتاب المساقاه

۱۶۵ _ ۳۶۰

الأدله على مشروعيه المساقاه.. ۱۶۸

شروط المساقاه.. ۱۷۲

مسأله ۱ _ هل تصح المساقاه بعد الظهور قبل البلوغ..................................... ۱۸۵

مسأله ۲ _ جواز المساقاه على الأشجار... ۱۸۷

مسأله ۳ _ المساقاه على أصول غير ثابته.. ۱۸۸

مسأله ۴ _ الأشجار التى لا تحتاج إلى السقى.. ۱۹۰

مسأله ۵ _ المساقاه على فسلان مغروسه... ۱۹۳

مسأله ۶ _ المساقاه على الودى.. ۱۹۴

مسأله ۷ _ المساقاه لازمه... ۱۹۶

مسأله ٨ _ لا تبطل المساقاه بموت أحد الطرفين.. ١٩٧

مسأله ٩ _ ماذا على العامل وماذا على المالك.. ٢٠٠

مسأله ١٠ _ لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك...................................... ٢٠٦

مسأله ١١ _ إذا ترك العامل ما اشترط عليه... ٢٠٩

مسأله ١٢ _ لو شرط العامل أن يعمل غلام المالك معه..................................... ٢١۶

مسأله ١٣ _ لا يشترط مباشره الساقى العمل.. ٢٢٠

مسأله ١۴ _ إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر.. ٢٢۴

مسأله ١۵ _ الحصه من بعض الأنواع.. ٢٢٧

مسأله ١۶ _ جواز الاختلاف فى الحصص... ٢٢٩

مسأله ١٧ _ لو ساقاه بالنصف تاره والثلث أخرى.. ٢٣١

مسأله ١٨ _ إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا... ٢٣۴

مسأله ١٩ _ هل تلف بعض الثمر يسقط من الشرط... ٢٣۶

مسأله ٢٠ _ جعل بعض الأصول للعامل.. ٢۵٢

مسأله ٢١ _ إذا تبين فى الأثناء عدم خروج الثمر... ٢۵٧

مسأله ٢٢ _ استئجار المالك أجيرا للعمل.. ٢۵٩

مسأله ٢٣ _ إذا بطل عقد المساقاه لمن يكون الثمر... ٢۶۵

مسأله ٢۴ _ اشتراط عقد مساقاه فى عقد مساقاه... ٢۶٩

مسأله ٢۵ _ جواز تعدد العامل أو المالك... ٢٧٢

مسأله ٢۶ _ إذا ترك العامل العمل بعد العقد.. ٢٧۶

مسأله ٢٧ _ إذا تبرع عن العامل متبرع.. ٢٨۶

مسأله ۲۸ _ إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل.. ۲۹۲

ص:۳۶۵

مسأله ۲۹ _ إذا لم يعمل العامل استأجر عنه المالك... ۲۹۵

مسأله ۳۰ _ لو تبين أن الأصول مغصوبه.. ۲۹۹

مسأله ۳۱ _ لا يساقی العامل غيره.. ۳۱۱

مسأله ۳۲ _ خراج السلطان على المالك.. ۳۱۶

مسأله ۳۳ _ العامل يملك الحصه بظهور الثمر.. ۳۱۸

فروع... ۳۲۱

مسأله ۳۴ _ لو اختلفا فی مقدار حصه العامل.. ۳۳۲

مسأله ۳۵ _ إذا ثبتت الخيانه من العامل.. ۳۳۶

مسأله ۳۶ _ هل تصح المغارسه.. ۳۳۹

مسأله ۳۷ _ لو لم يعلم كيفيه حصول المغارسه... ۳۵۵

تذنيب.. ۳۵۶

المحتويات.. ۳۶۱

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ۱۴۲۶ الهجري في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين في الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المــركز من فضلــكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹